



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas – FAJS

ELISABETE XAVIER DE ALBUQUERQUE MOSCA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ADOLESCENTE INFRATOR:
DA INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
COMO FORMA DE DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE**

Brasília
2013

ELISABETE XAVIER DE ALBUQUERQUE MOSCA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ADOLESCENTE INFRATOR:
DA INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
COMO FORMA DE DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE**

Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito para obtenção de
menção na disciplina Monografia III, do Curso
de Direito, do Centro Universitário de Brasília
— UniCeub.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

Brasília
2013

Mosca , Elisabete Xavier de Albuquerque

B000u

A responsabilização penal do adolescente infrator: da inviabilidade de redução da maioridade penal como forma de diminuição da criminalidade / Elisabete Xavier de Albuquerque Mosca. – Brasília: UniCEUB, 2013.

83 f.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura.

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

1. Adolescente Infrator 2. Inimputabilidade Penal 3. Redução da Menoridade.

I.Título

CDU 000.000

ELISABETE XAVIER DE ALBUQUERQUE MOSCA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ADOLESCENTE INFRATOR:
DA INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
COMO FORMA DE DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE**

Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito para obtenção de
menção na disciplina Monografia III, do Curso
de Direito, do Centro Universitário de Brasília
— UniCeub.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

Brasília, _____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Humberto Fernandes de Moura
Orientador

Prof. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Examinador

Prof. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me permitido alcançar o final dessa caminhada com vida e saúde, por me sustentar em Suas Poderosas Mãos durante todos os momentos. A Ti, Meu Senhor e Salvador, toda a honra e toda glória por essa vitória!

Agradeço particularmente ao meu Orientador, Professor Humberto Fernandes de Moura, pelo apoio constante, pela guia segura, pelas indicações sempre assertivas e fundamentais para a consecução deste trabalho.

Agradeço especialmente à minha Família: a minha querida mãe, Doralice, obrigada por quem eu sou, por suas preces, pela torcida constante e pelas sábias palavras sempre que precisei; ao meu amado esposo Alexandre, por ter me proporcionado a realização deste sonho; às minhas maravilhosas irmãs Eliethe e Elianna, minhas amigas e maiores fãs, pelo incentivo e por acreditarem em mim e no meu sucesso sempre; aos meus sobrinhos Danilo, Felipe, Rubens e Lukas e às minhas enteadas Sabrina e Bruna, vocês são as alegrias da minha vida.

“Mas os que esperam no Senhor renovarão as suas forças, subirão com asas como águias; correrão e não se cansarão; caminharão e não se fatigarão.” – Isaías 40:31

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

Rudolf von Ihering, em *A Luta pelo Direito* (Der Kampf um's Recht)

RESUMO

As discussões acerca da redução da idade imputável, como uma das soluções para o enfrentamento da criminalidade, é tema que, ainda hoje, causa polêmica entre os mais diversos setores da sociedade civilmente organizada. Argumentos diametralmente opostos são frequentemente apresentados, seja por operadores jurídicos e profissionais das áreas psicossociais, seja pela população – que, em geral, cede ao clamor midiático, sempre que algum conflito envolvendo adolescentes infratores ganha repercussão nacional, ocasionando, não raro, manifestações passionais, irrefletidas, que pugnam pela redução da menoridade penal, como se esta fosse a “solução mágica” para o fim da violência. É certo que a questão está longe de ser pacificada. Embora o regime constitucional e a legislação especificamente estabelecida para regular o Direito da Criança e do Adolescente vigorem há mais de duas décadas, o desconhecimento da sociedade a respeito da forma diferenciada de responsabilização penal dos adolescentes em conflito com a lei, associado ao apelo da mídia e ao histórico sócio-político sobre o qual se construiu a legislação penal brasileira, revelam uma forte tendência criminalizadora de condutas, claramente revelada nas propostas de redução da menoridade penal. Uma observação teoricamente consubstanciada e ideologicamente desapegada da questão da inimputabilidade demonstra haver uma coexistência conflitiva de dois grandes paradigmas – o juridicamente positivado, que prevê responsabilização penal diferenciada para adolescentes, pela sua peculiar situação de seres humanos em desenvolvimento; e o modelo social, que traz em sua essência o generalizado desconhecimento da normativa atual e toda carga axiológica das anteriores fases de formação do sistema penal e de política criminal do Brasil. A partir desse contexto, propõe-se na presente pesquisa, apresentar reflexões, construídas a partir da análise teórico-legislativa dos fatores que envolvem a prática do ato infracional, sua responsabilização e a execução das medidas sancionadoras aplicadas, visando à desconstrução da ideia de impunidade do adolescente infrator, a fim de demonstrar a inviabilidade da redução da menoridade penal como solução às questões da violência e da criminalidade.

Palavras-Chave: Adolescente Infrator. Inimputabilidade penal. Redução da Menoridade.

ABSTRACT

The discussions over the reduction of the minimum criminal age in Brazil, proposed as a means to reduce crime, sparks controversy in society. Jurists, social workers and sectors of the population alike convey completely opposite ideas. The latter, often influenced by the media and by the widespread commotion caused by violent crimes, defend the reduction of the minimum criminal age as a “magical solution” to end violence. A consensus regarding the issue is far from being reached. Even though the Constitution and specific legislation regarding the rights of the young have been in effect for as many as 20 years, the population’s lack of information with regards to the criminal responsibility of young people in conflict with the law, added to the influence of the media and to the sociopolitical context over which the Brazilian criminal legislation rests, reveal a strong tendency to criminalize conducts, phenomenon which can be clearly discerned in the proposals to reduce minimum criminal age. Observing the situation through an ideologically unbiased viewpoint, a conflict between two paradigms can be distinguished: one, related to juridical positivism, which purports the creation of different type of criminal responsibility for teenagers, in accordance with their situation as developing human beings; and the other, the social model, which brings in its essence the generalized ignorance of the current legal background and the axiological context of previous stages in the development of the penal system and criminal policies in Brazil. From this standpoint, the current research proposes to present reflections, engendered from the theoretical-legislative analysis of the factors involved in the delictual act, its criminal responsibility and the execution of sanctions, aiming at the deconstruction of the idea of the impunity of the teenage criminal, in order to demonstrate the unviability of the reduction in the minimum criminal age as a solution to diminish violence and crime.

Keywords: Teenage Criminal. Criminal responsibility. Reduction of minimum criminal age.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL..... | 12 |
| 1.1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO..... | 13 |
| 1.2 A DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR..... | 16 |
| 1.3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... | 22 |
| 2 DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ADOLESCENTE INFRATOR..... | 29 |
| 2.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS..... | 30 |
| 2.2 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... | 37 |
| 2.2.1 Das Garantias Processuais..... | 40 |
| 2.2.2 Do Procedimento de Apuração do Ato Infracional..... | 43 |
| 2.2.3 Das Espécies de Medidas Socioeducativas Aplicáveis..... | 56 |
| 2.2.4 Execução de Medidas Socioeducativas: linhas mestras do SINASE e alterações trazidas pela Lei Nº 12.594/2012..... | 63 |
| 2.3 INIMPUTABILIDADE <i>versus</i> IMPUNIDADE: O CONFLITO DE PARADIGMAS E A INVIABILIDADE DA REDUÇÃO DA IDADE PENAL..... | 68 |
| CONCLUSÃO..... | 75 |
| REFERÊNCIAS..... | 81 |

INTRODUÇÃO

As discussões em torno da estipulação da idade imputável se estabeleceram, quase que concomitantemente à promulgação da constituição federal vigente¹, que a fixou em 18 anos, permanecendo até os dias atuais como um tema polêmico e resultante de divergentes posicionamentos – seja no âmbito jurídico, seja entre os atores da sociedade civilmente organizada.

Os divergentes argumentos apresentados em torno do tema, que há mais de 20 anos vêm sendo discutidos, ainda não foram pacificados e a contemporaneidade dessa discussão pôde ser recentemente comprovada: a possível redução da maioria penal foi um dos temas responsáveis por gerar mais polêmica e discussão, durante a audiência pública realizada em agosto de 2012, para debater a propalada reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). Em 2013 as discussões se perpetuaram², com manifestações de diferentes entes públicos³, sobretudo quando noticiadas enfaticamente pela mídia, a ocorrência de delitos, supostamente envolvendo menores de dezoito anos. Nesse contexto, o presente trabalho de pesquisa dedicar-se-á a aferir se há realmente impunidade para adolescentes infratores, sob o aspecto legislativo.

A construção de um discurso argumentativo, nesse sentido, perpassa, necessariamente, pela contextualização histórico-social do Direito da Criança e do Adolescente, que será feita no primeiro capítulo, a fim de que se possa verificar em que circunstâncias se construíram as bases jurídicas atuais que regem a legislação aplicável a crianças e adolescentes. Abrange, portanto, uma compreensão histórica do cenário sócio-político no qual surgiu o atual regramento do Direito da Criança e do Adolescente, sendo de relevância significativa situar historicamente o surgimento da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança, atual

¹ Em 1993 já houve a primeira Proposta de Emenda a Constituição – PEC nº 171, de 16/10/1993, proposta pelo então Deputado Benedito Domingos, do PP/DF: desde então mais de 30 PEC's já tramitaram no Congresso a respeito do tema. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/seguranca/leis/imputabilidade>>. Acesso em: 24 out. 2012.

² Apenas como exemplo, cite-se a audiência pública promovida pelo Senado Federal em junho de 2013, para discussão do tema. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/pagina/2/noticia/9483>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

³ Vale citar, nesse sentido, pronunciamento do Governador do Estado de São Paulo, em abril de 2013. Disponível em: <<http://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/100451127/ministro-da-justica-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2013. E comentário da Procuradoria Geral da República em 06/06/2013. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/100547376/subprocuradora-geral-da-republica-debate-reducao-da-maioridade-penal-no-senado>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

fundamento teórico sobre o qual se construiu a legislação menorista vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será analisada a estrutura constitucional e legalmente prevista para responsabilização penal do adolescente infrator, desde a fase de apuração do ato infracional, passando pelos aspectos processuais e de imposição de medidas socioeducativas, até a fase de cumprimento, sempre comparando o sistema de responsabilização penal do ECA com as equivalentes previsões do Sistema Penal aplicado aos adultos, a fim de demonstrar que há sanção para os adolescentes em conflito com a lei, motivo pelo qual o argumento da impunidade se mostra absurdo.

Nesse passo, há que se compreender, precipuamente, a forma diferenciada de responsabilização penal estabelecida para adolescentes em conflito com a lei: embora constitucionalmente tidos como inimputáveis, tal prerrogativa não significa que lhes seja reservada a impunidade. Corroborando com esse objetivo, ganha importância investigar, ainda, as recentes mudanças legais na fase de cumprimento das medidas – fruto do novo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Mediante essa compreensão, poder-se-á avaliar, com um mínimo de afastamento ideológico, se o rompimento com o estigma da impunidade se deu apenas no âmbito jurídico, quando da edição da norma constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou se, de fato, se está caminhando para uma alteração na percepção da sociedade acerca do necessário diferenciamento legal no tratamento de crianças e adolescentes, em especial no que se refere à responsabilização penal.

Por fim, observar-se-á a coexistência de dois grandes paradigmas ligados ao tema: um, juridicamente estabelecido, fundamentado na doutrina da proteção integral – que defende o interesse superior da criança e embasa o regramento constitucional, resultando na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que regulamenta a diferenciação de tratamento de crianças e adolescentes perante a lei, enquanto seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento; e, outro, que reflete a realidade socialmente posta, a partir do qual se pugna pela criminalização de condutas e redução da menoridade penal, seja por desconhecimento da legislação efetivamente aplicada, seja pelo forte apelo midiático em torno dos conflitos envolvendo adolescentes infratores.

Para análise da coexistência desses paradigmas contraditórios, há que se sopesar o alcance que a responsabilização penal do adolescente atinge, considerando

os valores implícitos e explícitos na previsão normativa e na percepção dessa questão pela sociedade.

Tal análise será feita por meio de uma abordagem teórico-legislativa, que se mostra imprescindível para a avaliação da responsabilização penal vigente para a sanção de adolescentes infratores, a fim de desconstruir o argumento da impunidade desses indivíduos. É que, ao desmistificar a questão da impunidade do adolescente pela prática de ato infracional, torna-se inócuo o discurso de que uma redução da idade penal poderia trazer resultados positivos para a diminuição da criminalidade, como se procurará demonstrar a seguir.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

É relativamente recente na história social a busca por uma melhor compreensão acerca dos direitos e garantias inerentes a crianças e adolescentes, considerados enquanto seres humanos em desenvolvimento, tendo em vista as particularidades físicas, emocionais e intelectuais, inerentes ao processo de formação em que se encontram.

A evolução histórica da sociedade demonstra que durante longo período, a criança e o adolescente não foram considerados como sujeitos de direitos, tão pouco como merecedores de proteção: seja do Estado, seja da sociedade ou da sua própria família. Não eram vistos como indivíduos, mas concebidos como mero objeto, parte das posses do chefe da família. Nessa estrutura, o núcleo familiar estabelecia-se por elos político-patrimoniais, tendo o *pater familias* poder absoluto sobre sua prole (GONÇALVES, 2012).

Recentemente é que a dignidade da pessoa humana passou a nortear as ações em torno dos indivíduos, alcançando, também, crianças e adolescentes e o ambiente familiar, momento em que surgiu a noção de afeto como elemento de ligação, estabelecendo-se como verdadeira razão do direito de família (GONCALVES, 2012).

Nesse aspecto, os tratados e as convenções internacionais desempenharam papel fundamental, no que tange ao reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos detentores de direitos fundamentais, pessoais e específicos, distintos dos adultos, podendo-se citar, como exemplos, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) e as Regras de Beijing (1985), adotadas pela Assembleia das Nações Unidas (PEREIRA, 1999).

Na mesma medida, deu-se, no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários, a elaboração de regramentos especializados, não apenas garantidores de direitos, mas também com dispositivos de caráter penal, a fim de regular as eventuais infrações cometidas por crianças e adolescentes.

A história mostra, entretanto, que bem antes de adquirir essa perspectiva protetiva, que passou a ostentar desde o século passado, o direito de crianças e adolescentes passou por diversas fases, sendo inicialmente aplicado, de forma indiscriminada, um mesmo direito a infantes e adultos (VOLPI, 2001).

Nesse sentido, contextualizar histórica e socialmente o surgimento do Direito da Criança e do Adolescente (que se apresenta, inicialmente, sob uma perspectiva repressiva, mas vem evoluindo para um patamar protetivo, mais condizente com as diretrizes atuais de valorização e asseguramento dos direitos humanos), mostra-se fundamental para a análise das bases sobre as quais se estabeleceu a legislação menorista (PEREIRA, 2008). A partir dessa observação, torna-se possível verificar como e porque foi estabelecida uma legislação diferenciada para crianças e adolescentes, melhor embasando a reflexão que se propõe nesse trabalho, sobre a atual forma de responsabilização penal prevista para adolescentes em conflito com a lei, a fim de que se verifique, nesse contexto, se há viabilidade ou inviabilidade em se promover a redução da maioridade penal.

1.1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da análise da evolução histórico-filosófica dos diversos regramentos sobre os quais se erigiu o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil verifica-se que, como praticamente todo o ramo da Ciência Jurídica, também esse âmbito do direito se construiu ao mesmo ritmo com que a evolução da sociedade civilmente organizada se revela.

Sinteticamente, pode-se dizer que, em sua noção inicial, restritiva e repressora, o direito vigente para crianças e adolescentes que cometessem delitos penais caracterizava-se por impingir tratamento indiscriminado: crianças, adolescentes e adultos eram igualmente castigados; passou-se, em seguida, à doutrina da situação irregular, até alcançar o que se tem hoje estabelecido como paradigma da proteção integral, em que os direitos e garantias fundamentais são assegurados a crianças e adolescentes independentemente da situação em que encontrem perante a lei (MACHADO, 2003).

Essa trajetória se espraia revelando as mudanças lentas que se estabeleceram e, também, as quebras e rupturas súbitas que sofreu esse ramo do direito em sua recente história.

No Brasil, as primeiras preocupações com relação a então denominada “delinquência juvenil”, surgem quando da chegada da corte portuguesa que acompanhou a D. João VI, em 1808. Nessa época, a legislação penal vigente eram as

Ordenações Filipinas, que vigoraram por mais de dois séculos, até o Código Criminal do Império (JESUS, 2006).

Conforme destaca Maurício Neves de Jesus (2006), o Código Filipino previa inimputabilidade até os sete anos de idade, sendo que as punições para os adolescentes eram previstas e aplicadas a depender dos delitos cometidos, podendo, inclusive, o infrator com mais de dezesseis e até vinte anos, ser punido com a pena de morte, vez que não havia prévia cominação legal da pena. A partir de vinte e um anos a imputabilidade penal era absoluta e havia previsão de pena de morte para determinados crimes.

Quando da promulgação do Código Penal do Império⁴, em 16 de dezembro de 1830, foi aumentada a idade dos penalmente imputáveis: o artigo 10 desse dispositivo legal passou a estabelecer inimputáveis os menores de quatorze anos. Entretanto, estes inimputáveis poderiam passar por uma “avaliação”, consoante artigo 13 do mesmo dispositivo, a fim de que, ao livre critério do magistrado, se estabelecesse o seu “nível de discernimento” – caso o juiz entendesse que possuíam condições de compreender racionalmente a ilicitude de seus atos e, dependendo das considerações da avaliação, a inimputabilidade poderia ser reduzida em qualquer idade (SARAIVA, 2006).

Ainda sobre essa possibilidade legal controvertida, embora legalmente validada, João Batista da Costa Saraiva comenta que:

“Com a proclamação da independência em 1822, tivemos em 1830 o primeiro Código Penal Brasileiro. Este Código penal fixou a idade de imputabilidade penal plena aos 14 anos. O Código previu ainda um sistema biopsicológico para punições de crianças entre sete e quatorze anos”. (SARAIVA, 2003, p. 28).

Durante a vigência das Ordenações Filipinas⁵, vigia a chamada Doutrina do Direito Penal do Menor, cuja maior preocupação era com a repressão à delinquência, tendo por base, para aferição da imputabilidade, essa “pesquisa do discernimento” –

⁴ Primeiro código penal brasileiro, sancionado por D. Pedro I por meio da “Carta de Lei do Império”, de 16/12/1830, que determinava a execução do Código Criminal do Império (SÁ NETTO, 2011). Tal dispositivo vigorou até 1891, quando foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (conforme dispunha os Decretos nº. 847 e 1.127, ambos de 1890). Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacaonsf/viwTodos/8F144702B0102D27032570F2006BC15F?OpenDocument&HIGHLIGHT=1>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

⁵ Regramento legal do Direito Português, promulgado em 1603, pelo rei Filipe I de Portugal (Filipe II na Espanha), donde decorreu a sua nomenclatura; aplicadas no Brasil até a elaboração do Código Penal Republicano, as ordenações resultaram de reforma feita pelo monarca nas chamadas Ordenações Manoelinas, elaboradas por Manoel I de Portugal. Constituíam-se de cinco livros, sendo o Livro V dedicado ao Direito Penal. Fonte: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>. Acesso 31 mar. 2013.

imputar-se-ia responsabilidade ao menor com base na sua compreensão a respeito do delito, de maneira que os menores de quatorze anos considerados pelo magistrado como portadores de discernimento durante a prática de um delito seriam considerados plenamente capazes e, portanto, recolhidos às casas de correção pelo período que o mesmo julgador considerasse necessário, desde que não ultrapassasse os dezesseis anos de idade (JESUS, 2006).

Após a proclamação da República (1889), foi promulgado em 1890 o Código Penal Republicano, que passou a fixar, em seu artigo 27, a inimizabilidade aos nove anos, desde que fosse constatado discernimento. Os que se enquadrassem nesse grupo e que tivessem até catorze anos, deveriam ser recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial por período fixado pelo juiz, não podendo ultrapassar os dezessete anos de idade. O mesmo dispositivo estabelecia que aqueles com idade entre nove e catorze anos, que houvessem agido sem discernimento não seriam considerados criminosos. Permaneceu, pois, o critério do discernimento, sendo que, na prática, a idade de responsabilização penal era variada, oscilando ao bel-prazer dos magistrados. Sobre o assunto Saraiva cita que:

“Pelo Código Penal de 1890, adotando o critério biopsicológico fundado na ideia do ‘discernimento’ (o mesmo dos tempos da “maçã de Lubecca”⁶), o maior de nove anos e menor de quatorze anos submeter-se-ia à avaliação do Magistrado (artigo 27, § 2º) sobre ‘a sua aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir ele relativa lucidez para orientar-se em face das alternativas do justo e do injusto, da moralidade e da imoralidade, do lícito e do ilícito’”. (SARAIVA, 2006, p. 32).

Tal regramento, porém, não logrou o êxito esperado pelo legislador, pois além de facultar à avaliação discricionária do magistrado o estabelecimento do nível de discernimento das crianças e adolescentes, a tentativa de separação destes dos adultos, quando do seu recolhimento, não foi implementada de forma eficiente, uma vez que, do mesmo modo que as casas de correção previstas no código de 1830, o estabelecimento disciplinar industrial jamais foi implementado (SARAIVA, 2006).

A partir desse breve cenário, insta observar que até o século XIX não havia uma preocupação mais contundente com os delitos praticados por crianças e adolescentes,

⁶ A prova conhecida como “Prova da Maçã de Lubecca” data do período feudal e era largamente aplicada como “critério de discernimento” para a imposição de penas a crianças: o método consistia em se oferecer à criança a ser punida uma maçã ou uma moeda – se esta última fosse escolhida pelo infante estaria “provada a malícia do infrator”, cabendo-lhe a mais severa punição, sem que se aceitasse qualquer tese em sua defesa. O parâmetro podia validar até mesmo a imposição de pena de morte (MINAHIM, 1992).

seja porque pouco ou nada se discutia acerca dessa parcela da sociedade, seja porque o próprio direito penal ainda revelava um **caráter indiferenciado** com relação a autor, réu, pena, crimes, etc. (VOLPI, 2001).

Tanto crianças e jovens quanto adultos estavam relacionados no mesmo grupo “marginal”, a partir do momento em que praticavam infrações puníveis legalmente. Apenas crianças até sete anos eram tidas por incapazes, pois somente essa tenra idade era fator que poderia eximir o infante de sofrer, na mesma medida que qualquer adulto, as sanções penais.

Assim é que o direito penal brasileiro permaneceu sob a égide do “tratamento penal indiferenciado” (VOLPI, 2001, p. 25) estabelecido desde o Código Penal da República, de 1890, cujo parâmetro para a responsabilização dos menores era tão somente a aferição de seu discernimento – o fator idade poderia, inclusive, ser superado, desde que provado que o infrator tinha consciência da criminalidade de sua conduta.

Observa-se, assim, que o direito inicialmente aplicado a crianças e adolescentes no Brasil, seguindo a tendência do regramento português, pouco oferecia de proteção e não reconhecia a condição de vulnerabilidade destes. Do mesmo modo, com o Código Penal Republicano, a adoção do critério do discernimento, presumia que o magistrado teria condições de aferir a capacidade de compreensão do menor acerca do certo e do errado, sendo que os parâmetros utilizados não apresentavam critérios racionais-legais, fundamentando-se quase que exclusivamente nas convicções do magistrado (MINAHIM, 1992).

Nesse contexto, cabe analisar a chamada Doutrina da Situação Irregular, que surge no final do século XIX e se desenvolve nas primeiras décadas do século XX, responsável pela primeira legislação específica para crianças e adolescentes no Brasil. É o que será tratado no subitem a seguir.

1.2 A DOUTRINA NA SITUAÇÃO IRREGULAR

Sob uma perspectiva internacional, foi a partir do chamado Movimento dos Reformadores⁷, ocorrido nos Estados Unidos, que se inaugurou a chamada **fase**

⁷ Movimento ocorrido no final do século XIX, nos Estados Unidos (particularmente em Chicago, estado de Illinois), inaugurou a fase de caráter tutelar do direito menorista e se estendeu por toda América do Norte e Latina. Oriundo da indignação da sociedade em face da situação de promiscuidade que se observava nos alojamentos das

tutelar do direito penal, e nesse contexto ao juiz era dada total liberdade de decidir o que era melhor para crianças e adolescentes infratores (VOLPI, 2001).

Estabeleceu-se a chamada Doutrina da Situação Irregular, que determinava um tratamento discriminatório para o menor em conflito com a lei, ficando este à mercê da intervenção absolutamente discricionária da justiça. Ao relegar ao arbítrio do juiz a livre determinação do tratamento a ser dado a cada infrator, franqueava-se uma apreciação totalmente discricionária do regramento legal a ser aplicado, cabendo ao magistrado estabelecer até mesmo quais as normas processuais aplicáveis, ainda que com a abolição das garantias básicas inerentes à liberdade individual e ao direito ao juízo imparcial (PEREIRA, 1999).

Foi essa ideia que, expandindo-se pela Europa, influenciou o Brasil e a América Latina como um todo, de maneira que, a partir de 1919, passou a se construir o denominado Direito e Administração do Menor, sob o marco ideológico do positivismo filosófico (VOLPI, 2001). Nessa etapa, cabia ao magistrado, como dito, decidir o melhor direito a ser aplicado, tendo por limite apenas suas próprias convicções.

No Brasil, o primeiro Código de Menores surge em 1927, fruto do trabalho em especial do magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos, motivo pelo qual o dispositivo legal passou a ser conhecido como “Código de Mello Mattos” (SARAIVA, 2006).

Sobre o tema, destaca Morelli (1999), que apenas no ano de 1921 surgia indicativos legais sobre o tratamento a ser dispensado às crianças e aos adolescentes, como se verifica da análise do artigo 3º da Lei Federal n.º 4.242 de 1921, que previa a organização de um “serviço de assistência e proteção à infância carente”, sendo regulamentada em 1923, e posteriormente, em 1926, quando recebeu nova redação, pelo que, em 1927, por meio do decreto Executivo n.º 17943-A, foi sancionado o primeiro Código de Menores.

Ao exame, ainda que perfunctório, do Código Mello de Mattos, percebe-se que a intenção do legislador era conter e debelar o chamado “problema do menor”, o que se pretendeu alcançar mediante política repressora e controladora das atitudes dos jovens e dos infantes, abandonando-se a teoria do discernimento – que estabelecia ao magistrado critérios subjetivos para aferir a capacidade de compreensão do menor

instituições que abrigavam maiores e menores, juntos, durante o cumprimento de pena de privação de liberdade. A vitória obtida com o movimento resultou na separação de adultos e menores, marcando o abandono do caráter indiferenciado da sanção penal (SHECAIRA, 2008).

acerca da natureza negativa do delito, determinando o juiz, conforme análise pessoal, o grau de culpabilidade e responsabilidade do menor infrator (SARAIVA, 2002).

Pretendia-se prestar assistência às crianças e aos adolescentes, mediante a intervenção no cotidiano dos menos favorecidos, surgindo, assim, a categoria conhecida como do “MENOR”, na qual a infância pobre era tida como perigosa e era excluída do restante das crianças e adolescentes (MORELLI, 1999). Estabeleceu-se, portanto, um sistema inquisitivo, pois qualquer criança ou adolescente que, devido a sua condição econômica menos favorecida, fosse considerado em “situação irregular”, estava sujeito, como dito acima, ao arbítrio dos Juízes de Menores, por meio da ação da Justiça e da Assistência.

Posteriormente, com o advento do Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 que estabeleceu o Código Penal Brasileiro a inimputabilidade fixou-se aos 18 anos, utilizando-se o critério puramente biológico (BRASIL, 1940).

Nos anos 70, após intensas discussões sobre a necessidade de renovação da legislação menorista, surge o Código de Menores de 1979, estabelecido pela Lei N.º 6.697/1979, que, contudo, manteve o caráter repressivo do antigo código, sancionando a **Doutrina da Situação Irregular**, pela qual o menor de 18 anos abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou autor de infração penal era considerado, indistintamente, “menor em situação irregular” (SARAIVA, 2006).

Sob este enfoque, observa-se que as políticas públicas propostas para o tratamento de crianças e adolescentes em conflito com a lei demonstravam clara e prejudicial “confusão conceitual”: reunia-se sob o mesmo grupo dos chamados “menores abandonados”, tanto as crianças e adolescentes que tivessem sofrido qualquer tipo de abuso, abandono ou violência, quanto àqueles que estivessem em situação de extrema carência e miséria, e, ainda, os considerados, efetivamente, infratores, pela prática de ato enquadrado penalmente como crime (MACHADO, 2003).

Verifica-se, portanto, que o Código de 1979 preocupava-se muito com a chamada “situação irregular dos menores”, ressaltando que independentemente de os menores permanecerem em situação irregular as medidas de caráter preventivo poderiam ser aplicadas até os dezoito anos. Sob a égide desse diploma, salienta Tânia Pereira:

“as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos”. (PEREIRA,1999, p.12).

Observa-se que a referida legislação demonstrava um caráter essencialmente repressor, vez que o citado diploma legal, criado para a proteção das crianças e dos adolescentes, acabou por punir aqueles que estavam em situações de risco, devido, muitas vezes, a sua realidade socioeconômica, motivo pelo qual Saraiva argumenta que “os menores tornam-se interesse do direito especial quando apresentam uma patologia social, a chamada situação irregular, ou seja, quando não se ajustam ao padrão estabelecido” (SARAIVA, 2006, p. 48).

Para o Código de Menores pouco importava se a criança ou adolescente era pobre, vítima de maus tratos ou autor de ato infracional: em qualquer destas condições estariam sob a condição patológica de irregularidade. Nesse sentido, salienta Saraiva (2006) que tanto os desvios de conduta e infrações cometidas pelos menores, como os maus tratos e abandono familiares conduziam à chamada “situação irregular”, sujeitando-os à jurisdição do juiz de menores.

É importante observar, ainda, que a força concedida aos juízes de menores, em consonância com alguns dos dispositivos legais criados, formou um verdadeiro processo inquisitivo, pelo qual a autoridade judiciária poderia determinar medidas que não estavam previstas em lei, por meio de portarias ou provimentos, baseando-se no critério do “prudente arbítrio do magistrado”. Nessa linha, destaca-se o artigo 8º do Código de Menores de 1979, Lei n.º 6.697/79 que estabelecia:

“Art. 8º **A autoridade judiciária**, além das medidas especiais previstas nesta Lei, **poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias** à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder” (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Percebe-se, nesse passo, que o referido código não garantia uma proteção verdadeira às crianças e aos adolescentes, mas trazia a falsa ideia de que todos teriam oportunidades socioeconômicas iguais, ficando garantida, desse modo, a proteção nas situações que eram denominadas de irregulares (SARAIVA, 2006).

A homogeneização sob o rótulo de “menores em situação irregular” decorreu, principalmente, da institucionalização genérica e exacerbada dos jovens e infantes que praticavam algum ato infracional. Tal situação se acirrou no Brasil, sobretudo, na década de 60, com a criação das FEBENS – Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor e da FUNABEM – Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor⁸, que empreendiam uma metodologia de atendimento mais repressora do que educativa. Apesar disso, as estatísticas da época revelam que das crianças e adolescentes recolhidos a tais instituições mais de 80% (oitenta por cento) não eram autores de qualquer delito (VOLPI, 2001).

Com a criação das instituições correccionais, que deveriam tratar dos chamados menores em situação irregular – dentre os quais, vale ressaltar, encontravam-se não apenas os infratores, mas qualquer criança que padecesse de alguma carência econômica, social ou emocional – surgiram institutos como o SAM (Serviço de Assistência ao Menor), pregando modificação no tratamento de crianças e adolescentes, mas que se revelou, na realidade, como mais uma tentativa de se reprimir e extirpar do convívio social aqueles tidos por “desajustados sociais”, que perturbavam a tão almejada harmonia social.

A partir dessa realidade, e como corolário dessas medidas, construiu-se a ideia de que toda criança ou adolescente carente era também, necessariamente, um delinquente, e vice-versa – isto é formou-se uma identidade entre “infância socialmente desvalida” e “infância delinquente” (MACHADO, 2003).

Essa generalização contribuiu significativamente para o desenvolvimento e sedimentação da doutrina da situação irregular, na medida em que se passou a dividir as crianças e adolescentes em dois grandes grupos: os “normais”, que viviam sob o apoio e proteção de suas famílias, ajustados socialmente; e os “menores”, os infratores, órfãos, carentes, desajustados sociais (VOLPI, 2001). Para quaisquer destes últimos a sanção aplicada era a mesma: afastamento social, internação nos institutos e repressão.

Criminalizava-se, assim, a pobreza e privava-se de liberdade os economicamente desfavorecidos, sob a égide de uma legislação discriminatória e não

⁸ FUNABEM - Fundação Nacional de Bem Estar do Menor, instituição criada pela Lei Federal nº 4.513/64, em substituição ao SAM (Serviço de Assistência ao Menor), para abrigo de menores em conflito com a lei. Seu objetivo, juntamente com as Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor – FEBEM, criadas pela Lei nº 1.534/67, era promover a execução da Política Nacional de Bem Estar do Menor - PNBEM em todo o território nacional. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/linhadotempo.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

protetiva (PEREIRA, 2008). Assim nasceu no Brasil o “Direito do Menor”, tendo por marco mais significativo o Código de Menores, pela Lei Federal nº 6.697/1979, dispositivo legal que se dirigia muito mais ao combate da propalada criminalidade infantil, ao invés de buscar conhecer suas causas estruturalmente sociais (VOLPI; SARAIVA, 1998).

Nesse dispositivo legal foi legalmente estabelecida uma categoria única, que abrangia os adolescentes infratores e, igualmente, os atingidos por alguma forma de abuso ou violência, sob a denominação discriminadora de “menores abandonados”, fossem seus destinatários carentes ou infratores, numa abordagem estrita da criminologia positivista (MACHADO, 2003). Tal regramento, entretanto, afastava-se tanto mais dos anseios sociais, quanto mais progrediam as discussões em torno da situação vulnerável das crianças e adolescentes em âmbito internacional. No Brasil, essa fase tutelar permaneceu até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foi adotada a Doutrina da Proteção Integral, que será analisada a seguir.

A transição entre as doutrinas da situação irregular para a proteção integral, contudo, não ocorreu de pronto. Na realidade, foram fruto de uma mudança, em âmbito mundial, da forma de se pensar a criança e o adolescente. Paralelamente ao reconhecimento, adoção e proteção dos direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, sobretudo após as duas grandes guerras mundiais, desenvolveu-se, também, a ideia de que era dever não apenas da família, mas também do Estado e da sociedade prover as condições mínimas para assegurar uma existência digna às crianças e adolescentes (PEREIRA, 2008).

O que se observa, nesse aspecto, é que desde a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada pela Organização das Nações Unidas (1959), os Estados Democráticos foram instados a promover regulamentação de medidas protetivas de crianças e adolescentes, na medida em que se passou a se pugnar, em âmbito internacional, pela necessidade de se normatizar direitos especiais de proteção aos infantes e jovens, que lhes assegurassem desenvolvimento físico, mental e social. Tal regramento internacional, resultado da comoção internacional vivenciada pelos Estados Democráticos após os horrores da segunda guerra mundial (1939-1945), foi o principal instrumento para sedimentação de um direito menorista de caráter protetivo e que passou a reconhecer a criança como pessoa em desenvolvimento, vulnerável, e,

portanto, carente de ações públicas específicas conforme suas necessidades (PEREIRA, 2008).

No mesmo sentido, Flávia Piovesan (1998) aponta que no mundo pós-guerra estabeleceu-se essa necessidade de proteção dos direitos humanos, que não deveria se restringir às fronteiras dos Estados, mas ultrapassar os limites da soberania interna, ganhando, assim, contornos de direito internacional (PIOVESAN, 1998).

Como dito acima, a transição entre as doutrinas não se deu uniformemente e nem foi um processo rápido. No Brasil, o regramento embasou-se na doutrina da situação irregular durante toda vigência do Código Mello Mattos e permaneceu ainda com o dispositivo legal de 1979, sendo que significativas mudanças desse paradigma só vão ser inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 1999).

No âmbito brasileiro, foi somente a partir do movimento de redemocratização que cresceram as ações públicas nacionais, no sentido de promover um regramento que pensasse o direito de crianças e adolescentes a partir de uma nova perspectiva: a chamada Doutrina da Proteção Integral, que passou a prever a necessidade de proteção de crianças e adolescentes, de forma ampla e integral, tendo em vista o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (PEREIRA, 1999).

Assim, partindo da codificação inicial, que adotava como base a doutrina da situação irregular, de caráter basicamente repressivo e que tratava de forma indiferenciada menores em conflito com a lei e menores carentes, parte-se em busca de um novo direito menorista, mais conforme com as tendências mundiais de proteção e garantia de direitos humanos e infantis, com base no reconhecimento de crianças e adolescentes como seres humanos em condição especial de desenvolvimento.

1.3 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No cenário brasileiro, como já comentado, foi a partir da Constituição Federal de 1988, que se iniciou a chamada **fase da responsabilização**, na qual o paradigma da proteção integral e absoluta para crianças e adolescentes passou a ser positivado no ordenamento jurídico pátrio (VOLPI, 2001).

Vivenciava-se, no cenário sócio-político, o momento histórico da redemocratização, e o Brasil inicia uma série de medidas visando se adequar aos avanços estabelecidos em âmbito internacional, bem como atender às expectativas dos órgãos de defesa dos direitos humanos, para levar o país a ocupar uma posição politicamente mais confortável frente às Nações Unidas (PEREIRA, 2008).

Com a promulgação da “Constituição Cidadã”, os direitos de crianças e adolescentes ganharam importância e o Brasil, como signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas – ONU de 1989 (PEREIRA, 1999), incluiu no texto constitucional importante dispositivo, o artigo 227, prevendo um tratamento protetivo e diferenciado a crianças e adolescentes, com esteio no interesse superior da criança e tendo por base a doutrina da proteção integral (BRASIL, 2012a).

As bases dessa doutrina se instauram no Brasil na década de 80, momento em que a proteção às crianças e adolescentes ganha força coercitiva, afirmando-se como um “dever social” a ser exercido por todos: Família, Estado e sociedade. Crianças e adolescentes passam a ser vistos como cidadãos, merecedores, tanto quanto os adultos, de todas as garantias e direitos fundamentais assegurados pelo então vigente Estado Democrático de Direito (PEREIRA, 2008).

No momento em que o direito da criança e do adolescente foi conformatado no texto constitucional vigente, resultando, posteriormente, na legislação infraconstitucional regulamentadora das disposições gerais trazidas pelo legislador constituinte, iniciou-se a formação de um novo paradigma jurídico, no qual crianças e adolescentes passaram a ser vistos como destinatários de direitos e garantias fundamentais específicos (MACHADO, 2003).

Em oposição à anterior doutrina da situação irregular, em que crianças e adolescentes eram contemplados apenas a partir da prática de algum ato infracional, focando-se na repressão ao infrator e não na prevenção e ressocialização dos menores, a doutrina da proteção integral constrói-se sob um olhar mais amplo e humanizado sobre as crianças e adolescentes em conflito com a lei ou em situação de risco.

Ao adotar a doutrina da proteção integral, a Constituição de 1988 trouxe significativo avanço para a legislação menorista, trazendo como diretriz principiológica a responsabilidade familiar, estatal e da sociedade como um todo, no sentido de

asseverar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente, devendo ser banidas todas as práticas que lesionem ou ameassem quaisquer desses direitos (BRASIL, 2012a).

Um dos pilares sustentadores desse novo Direito da Criança e do Adolescente, que tem por fundamento a proteção integral desses indivíduos em desenvolvimento, é o chamado Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, também conhecido como “o melhor (ou maior) interesse da criança”, numa tradução literal do artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989⁹.

Como apontado por Tânia da Silva Pereira (1999), a aplicação deste princípio é fundamental no atual sistema jurídico do País, na medida em que estabelece axiologicamente a situação da criança e do adolescente, considerada sujeito de direito e de direitos, designadamente na Constituição Federal vigente e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Cita, ainda, a referida autora que:

“este princípio tem sua origem no direito comum, onde serve para a solução de conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Em essência, este conceito significa que quando ocorrerem conflitos desta ordem (...) os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições” (PEREIRA, 1999, p. 6).

Como norma fundamental do direito da criança e do adolescente, o princípio do interesse superior ultrapassa “os liames do ordenamento jurídico” (PEREIRA, 2008), devendo ser respeitado por todos os membros da sociedade, na medida em que defende que todos, a saber, o Estado, a sociedade civil e a família, priorizem o bem-estar de crianças e adolescentes em todos os aspectos físicos, emocionais e intelectuais, de maneira que, nas decisões envolvendo crianças e adolescentes, seja assegurado, com absoluta prioridade, o que for melhor para a criança e/ou para o adolescente. Defende-se, por conseguinte, que a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto (PEREIRA, 2008).

⁹ “Artigo 3º, §1º. Todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **terão como consideração primordial os interesses superiores da criança**” (grifo nosso). A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, aprovada no Brasil pelo **Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990**, e ratificada por meio do **Decreto nº 99.710, em 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.html>>, e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

Verifica-se, pois, que a noção do superior interesse da criança é, por definição, abstrata, sendo certo que cada caso, ou situação de fato, deve ser tratado em suas especificidades. Importa analisá-los separadamente, mantendo sempre em foco assegurar, com absoluta prioridade, a opção que se revele melhor para a criança ou o adolescente, de modo a se garantir, com integridade, a dignidade inviolável da criança e do adolescente, isto é, “olhar a criança como criança” – porque crianças e adolescentes não são adultos, não têm autodeterminação plena com consciência moral e ética para a prática de seus atos (PEREIRA, 2008).

O interesse superior da criança, explicitado no artigo 227 da Constituição Federal, determinou a construção normativa diferenciada para crianças e adolescentes, de modo a lhes preservar a condição peculiar de seres humanos em desenvolvimento (BRASIL, 2012a). Por oportuno, merece que se destaque a previsão do § 3º deste dispositivo legal, que estabelece, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”. (BRASIL, 2012a).

Nesse sentido, crianças e adolescentes passaram a ser compreendidos e reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais específicos, voltados a lhes assegurar, prioritariamente, e não apenas por suas famílias, mas também por toda a sociedade e pelo Estado, os direitos e garantias básicos (vida, saúde, alimentação, educação, lazer, etc.), bem assim proporcionar aos infantes e jovens a liberdade e a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2012a).

O citado dispositivo constitucional coaduna-se com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, estabelecendo-se sobre a base teórica da doutrina da proteção integral, pela qual as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos a serem efetivados conjuntamente por pela sociedade, pelo Estado e pela família (BRASIL, 1990).

O constitucionalista José Afonso da Silva, analisando o tema, alude que o referido artigo revela-se como uma “mini declaração de direitos”, funcionando como a principal fonte da qual foram extraídos os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (SILVA, 2012).

Em conformidade com o regime constitucionalmente estabelecido, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por fundamento os três princípios que nortearam a construção da doutrina da proteção integral: vê a criança como sujeito de direitos, estabelece que tais direitos devem ser assegurados e tratados de modo específico, por se dirigirem a pessoas em peculiar condição de desenvolvimento e define que tais direitos devem ser assegurados a todas as crianças e adolescentes, indistintamente (MACHADO, 2003).

Nesse diapasão, o paradigma da proteção integral, sedimentado no interesse superior da criança, constitucionalmente assegurado, estabelece-se a partir da premissa de que:

“(...) todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo” (MACHADO, 2003, p. 50).

Assim, crianças e adolescentes passam, a partir do novo ordenamento constitucional, a ser compreendidos no direito brasileiro como “sujeitos de direitos” –

deixam de ser tratados como objeto passivo para titularizar direitos juridicamente protegidos.

Trazendo mudanças significativas no trato da questão da infância e juventude, a Lei n.º 8.069/90, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), abarcou a doutrina da proteção integral, aplicando o princípio do interesse superior, bem como os demais direitos preconizados na Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança de 1989, pelo que Saraiva afirmou que “o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui na versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança” (SARAIVA, 2006, p. 11).

Contrariando o tratamento de correção e repressão que os códigos anteriores adotavam, o ECA reconhece a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, bem como lhes confere direitos, conforme estabelece o artigo 6º do referido diploma legal (BRASIL, 1990). Dessa forma, a criança e o adolescente passaram para uma condição de sujeitos de direitos e obrigações peculiares à sua condição, abandonando-se o conceito de “menor” das décadas passadas. Com efeito, a Lei n.º 8.069/90 trouxe inovações ao romper com o antigo sistema, abrangendo toda criança e adolescente, não importando a sua situação, pois visou assegurar o que se entende por pleno desenvolvimento – isto é, aquele processado, conjuntamente, nos aspectos físico, intelectual e psicossocial – inclusive daqueles considerados em conflito com a lei (PEREIRA, 1999).

Destacam-se, nesse âmbito, os artigos 5º e 6º do Estatuto, por enumerarem direitos e prerrogativas que propiciam aos operadores do direito, plena compreensão do princípio do interesse superior, embasados no conceito da proteção integral, de maneira que se percebe que a Doutrina da Proteção Integral é ínsita, compõe, o próprio Princípio do Interesse Superior (MACHADO, 2003).

A aplicação da Doutrina da Proteção Integral significa um grande avanço na formulação de políticas públicas. A partir dela as crianças e os adolescentes passaram a ter respeitada sua condição peculiar de ser humano em desenvolvimento. Na prática, isso exige de cada um dos cidadãos, do poder público e da sociedade que coloquem crianças e adolescentes como prioridade de suas ações e preocupações. Prioridade e preocupação integrais - não importa qual a área de atuação (MACHADO, 2003).

A aplicação da Doutrina da Proteção Integral ao Direito da Criança e do Adolescente é, pois, desejo social dos que afirmam a condição peculiar da criança e do

adolescente como pessoas em desenvolvimento, consubstanciado no Estatuto, ao determinar, no seu artigo 3º, o asseguramento a crianças e adolescentes, por lei ou por outros meios, de todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Diante dessa breve contextualização do Direito da Criança e do Adolescente e sua evolução no ordenamento jurídico dos Estados democráticos, pode-se verificar que as bases legais que regem a legislação menorista evoluíram, sobretudo após as duas grandes guerras mundiais, quando passou a haver uma preocupação maior acerca da importância da tutela dos direitos e garantias fundamentais. No ordenamento jurídico brasileiro, não obstante tenham sido adotados, inicialmente, o regime penal indiferenciado e a doutrina da situação irregular, com o processo de redemocratização, iniciado nos anos 80, e principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a mudança da norma constitucional marcou uma nova fase para o direito da criança e do adolescente, que resultou na elaboração do ECA, expressamente adotando-se o princípio do interesse superior da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral, renovando-se o regramento tanto no aspecto protetivo quanto disciplinador. Com relação a este último fator, passa-se ao capítulo seguinte, no qual se analisará o sistema de responsabilização particularmente estabelecido para os adolescentes que infringem a lei.

2 DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ADOLESCENTE INFRATOR

A partir da Constituição de 1988, quando foi adotada a Doutrina da Proteção Integral, fundada no princípio do interesse superior da criança, bem como quando instaurado o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro passou a regular de forma diferenciada a punição do adolescente em conflito com a lei. Nesse passo, inaugurou-se um novo modelo jurídico-penal, que passou a considerar, quando da previsão de sanções a serem impostas aos adolescentes, sua condição de ser humano em desenvolvimento (SARAIVA, 2002).

Entretanto, a desinformação acerca do regramento que prevê as devidas punições para adolescentes em conflito com a lei, ainda é apontada pelos autores do direito da criança e do adolescente como um dos fatores que mais contribuem para os movimentos favoráveis à redução da maioridade penal (SARAIVA, 2006).

Recentemente, após divulgação na mídia de um assalto seguido de morte, supostamente atribuído a um menor de 18 anos, mais uma vez observou-se comoção social, seguida de algumas declarações de políticos acerca do tema: pressionado por manifestações dos familiares da vítima na mídia, o Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, declarou que pretende enviar ao Congresso Nacional um projeto para tornar mais rígido o Estatuto da Criança e do Adolescente – punições mais severas para crimes graves e para reincidentes, bem como a possibilidade de transferência para presídio após o infrator completar 18 anos. Na mesma ocasião, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, declarou-se contra a diminuição da maioridade penal, por entendê-la inconstitucional (AGÊNCIA BRASIL, 2013)¹⁰.

Ante tantas manifestações, mal ou bem intencionadas, acerca do tema, ainda polêmico e longe de um posicionamento jurídico pacífico, aumenta ainda mais a importância de melhor se compreender a estrutura do sistema vigente e de como funcionam as medidas de responsabilização dos adolescentes que praticam ato infracional, bem como a sua forma de cumprimento.

Nesse sentido, faz-se necessário refletir acerca do que está disposto constitucional e legalmente acerca da inimputabilidade penal, a fim de que se possam reunir subsídios sólidos e racionais, para melhor avaliar a viabilidade ou não da

¹⁰ Reportagem de Elaine Patricia Cruz, repórter da Agência Brasil, em 11 de abril de 2013. Disponível em: <<http://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/100451127/ministro-da-justica-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

redução da idade penalmente imputável, afastando, porém, a ideia de impunidade desses jovens (VOLPI, 2001).

2.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

No Capítulo VII da Carta Magna, tratou o legislador constituinte de estabelecer as condições protetivas vigentes para a família, a criança, o adolescente e o idoso, consoante redação dada por meio da Emenda Constitucional nº 65, de 2010, sendo que já no artigo 226, que o inicia, situa a família como instituição basilar da sociedade, devendo, portanto, gozar de plena proteção do Estado (BRASIL, 2012a).

O direito da criança e do adolescente vem, ainda, regulado no artigo 227 do dispositivo constitucional (BRASIL, 2012a), mencionado no capítulo anterior. Consoante o *caput* do mesmo, cabe não apenas ao Estado, institucionalmente, mas também à família e à sociedade civilmente organizada assegurar à criança e ao adolescente, prioritariamente, proteção e fruição dos direitos fundamentais (vida, saúde, alimentação, educação), bem como prover os meios necessários ao lazer e a sua profissionalização, facilitando o seu acesso à cultura, tratando-os com dignidade, e respeito, e facilitando a convivência familiar e comunitária. Da mesma forma, prevê que estes agentes devem “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 2012a, artigo 227, *caput*, *in fine*).

Como já comentado, o regime constitucional que determina as diretrizes do direito da criança e do adolescente estabelece-se com base no princípio do melhor interesse da criança, basilar na doutrina da proteção integral, instituindo de forma prioritária e absoluta a proteção da infância e da juventude, conferindo-lhes tratamento legal especial, com a salvaguarda universal de seus direitos fundamentais (MACHADO, 2003).

É preciso notar que foi promovida uma mudança significativa no ordenamento brasileiro, quando da promulgação da constituição, e, posteriormente, com a entrada em vigor do ECA, ao se optar pela adoção de um direito menorista mais protetivo e garantista. Houve certo rompimento com o paradigma anterior, pois, “a cada novo ordenamento, vivencia a sociedade uma parcial ruptura com a tradição, principalmente no campo da Infância e da Juventude, sempre na busca de um processo de

reconstrução que possa traduzir tecnicamente os próprios anseios” (MILANO FILHO; MILANO, 1999, p. 13).

O mesmo artigo 227, em seu § 1º, assevera que é dever do Estado promover programas assistenciais que possibilitem o cuidado integral com a saúde de crianças e adolescentes, em especial na assistência materno-infantil e em programas de atendimento e capacitação de pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 2012a). No mesmo sentido, o § 3º prevê os requisitos a serem atendidos a fim de se assegurar “a proteção especial” desses vulneráveis, dentre os quais se destacam, ante a sua relevância para o tema deste trabalho, os incisos IV a VII, que dispõem:

“IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.
VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.
(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)” (BRASIL, 2012a).

Como se pode verificar, foi preocupação do legislador constituinte garantir igualdade processual para o adolescente infrator, que pressupõe a garantia do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, bem como o pleno conhecimento do ato infracional que lhe venha a ser atribuído, além de dever contar com profissional habilitado a proceder em sua defesa da melhor forma possível (ROSSATO, 2010).

No que se refere à aplicação e execução das medidas socioeducativas, substitutivas das penas aplicadas aos adultos, dispôs a norma constitucional sobre a adoção dos princípios de brevidade no procedimento de apuração de ato infracional e de excepcionalidade (tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento), como se verá em subitem a seguir (ISHIDA, 2011). Ao prever medidas que visam responsabilizar o adolescente infrator, coaduna-se o ECA com o entendimento de que a infração legal constitui um “desvalor social”, que merece sanção. A base para esse tratamento específico quando da aplicação da sanção, como

dito, reside no reconhecimento de que crianças e adolescentes são seres humanos ainda em desenvolvimento, não podendo receber tratamento legal igual ao previsto para os adultos (VOLPI, 2001).

Assim, verifica-se que o direito da criança e do adolescente se estabeleceu, nesta contemporaneidade, não apenas visando atender as necessidades sociais básicas destes, estabelecendo direitos e obrigações para familiares, cuidadores, responsáveis, bem como ações públicas a serem desenvolvidas pelo Estado, mas também estruturando o funcionamento e as competências para a responsabilização penal diferenciada, a ser aplicada quando da prática de atos infracionais por adolescentes (JESUS, 2006).

Os §§ 4º e 5º do artigo 227 da Constituição Federal asseguram, respectivamente, proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como assistência do Estado nos processos de adoção, na forma da lei (BRASIL, 2012a). Já o § 6º equipara os direitos dos filhos, naturais e adotados, havidos ou não no casamento e o § 7º define que na consecução de direitos de crianças e adolescentes sejam também consideradas as ações de assistência social, consoante o artigo 204 (BRASIL, 2012a). O § 8º inserido pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, estabelece que seja instituído, por meio de lei, o estatuto da juventude “destinado a regular os direitos dos jovens” e o plano nacional de juventude, “visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas” (BRASIL, 2012a).

Por fim, a inimputabilidade dos menores de 18 anos vem estabelecida no artigo 228 da Constituição Federal, a saber:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 2012a).

De redação clara e concisa, o dispositivo acima define como opção do legislador constitucional o estabelecimento de um direito individual, que prevê tratamento penal diferenciado aos menores de dezoito anos (JESUS, 2006). Tal decisão pode ser atribuída: a) à adoção de um critério biológico, isto é, ter-se-ia estabelecido o limite para os menores de dezoito anos por entendê-los como indivíduos que, pela sua idade e condição biopsicossocial, não são inteiramente capazes de perceber a ilicitude de seus atos; ou b) a uma questão de política criminal, ou seja, por conveniência e

razoabilidade o legislador constituinte estabeleceu tal patamar, para limitar o tratamento penal diferenciado (JESUS, 2006).

Nesse sentido, a doutrina não tem uma posição pacificada: alguns autores apontam que prevaleceu a adoção do critério biológico, pelo qual a não responsabilização dos menores de dezoito anos decorreria de uma “presunção absoluta” de que o indivíduo abaixo dos dezoito anos portaria um “desenvolvimento mental incompleto”, não tendo, assim, a compreensão acerca do caráter ilícito dos seus atos e nem condições de “determinar-se de acordo com esse entendimento” (NUCCI, 2007). Outros asseveram que o simples transcorrer de um ano (dos 17 para os 18 anos) não seria um “critério exato” para aferição da capacidade penal, de modo que ao estabelecer a maioridade, optou o legislador em definir, por uma questão de política criminal, com base na conveniência e razoabilidade, um “limite para a imputação penal”, a partir do qual se estabelece a diferenciação no que tange a responsabilização penal (SPOSATO, 2000).

Entretanto, **independentemente do critério utilizado para o estabelecimento de tal prerrogativa, esta não se confunde com a impunidade, pois a segunda parte do artigo em análise dispõe que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma disposta em legislação especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente** (SARAIVA, 2006).

O fato é que, estabelecida a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, transformou-se a condição sociojurídica do adolescente, ao ser instaurada proteção bem mais ampla e objetiva que a prevista nas legislações anteriores, inclusive no que tange às sanções, que visam manter, além do caráter retributivo, a perspectiva da ressocialização: busca-se oportunizar ao infrator reintegração na família e na comunidade, visando, caso falhem os esforços para coibir a delinquência, aplicar mecanismos sancionatórios adequados a sua condição de “não adulto” (MILANO FILHO; MILANO, 1999). Nesse sentido, salientam os mesmos autores que:

“A responsabilização social do adolescente, assim, ficou ainda mais evidenciada através das próprias garantias que lhe foram conferidas (...) com o processo de ressocialização de adolescentes e na aplicação de medidas socioeducativas, que deverão ser apoiadas, como lembra o artigo 113 da carta menorista, nas necessidades pedagógicas” (MILANO FILHO; MILANO, 1999, p. 16).

Sem embargo à clareza da norma contida no artigo 228, essa disposição constitucional, desde a promulgação da Lei Maior, há mais de 20 anos, é a que tem encerrado a maior parte das discussões em torno da redução ou manutenção da maioridade penal. No que tange a possibilidade de alteração constitucional deste dispositivo, muito se tem discutido acadêmica e doutrinariamente a respeito, havendo os que se posicionam contrários a tal modificação, por entenderem que diminuir a idade penalmente imputável retiraria direito fundamental, o que não seria possível por tratar-se de cláusula pétrea; enquanto outros defendem sua livre modificação por não lhe atribuírem esse caráter rígido (KOZEN, 2005).

Dessa realidade, o que se verifica é que não obstante tenha o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) regulamentado, por meio da Lei nº 8.069/1990, normas constitucionais de eficácia contida¹¹, instituindo a estrutura pertinente para responsabilização penal de adolescentes em conflito com a lei, ainda é comum que a questão da inimizabilidade seja levantada em discussões sociais, políticas ou acadêmicas, sempre que notícias de crimes envolvendo menores de dezoito anos ganham destaque na mídia, no Brasil e no mundo, embora não se possa, até o momento, comprovar que o aumento da criminalidade tenha sido fomentado, apenas, por um eventual aumento no número de infrações cometidas por adolescentes (SARAIVA, 2006).

Entre os profissionais atuantes no âmbito do direito da criança e do adolescente, o que se têm defendido é que a questão da criminalidade envolve antes as ações de prevenção do que aquelas de cunho repressivo, e, que, mesmo estas, não podem ser reduzidas unicamente à questão da redução da maioridade penal, pois a criminalidade é problema social grave, complexo, que se estende por diferentes ramos sociais e atinge as principais instituições da sociedade: as famílias, o Estado, enquanto representante do Poder Público, a Escola, todos estão diretamente envolvidos (JESUS, 2006).

A discussão ganha relevância quando se nota que um sem número de propostas, para eventual alteração constitucional da idade penalmente imputável, já foram sugeridas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (KOERNER JÚNIOR, 1998).

¹¹ À exemplo do disposto no §4º do art. 227 da Constituição Federal, que prevê: “A **lei** punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 1988), (grifo nosso). Tal regulamentação foi efetivada por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que no Título VII, artigos 225 a 258-B prevê as espécies e as respectivas penas para crimes praticados contra crianças e adolescentes (BRASIL, 1990).

É oportuno recordar, nesse aspecto, a lição de José Afonso da Silva (2012) ao tratar do tema, quando estabelece que os direitos e garantias fundamentais protegidos como cláusulas pétreas não estão concentrados apenas no artigo 5º da Constituição Federal, mas espalham-se por todo o texto constitucional. Sob esse prisma, **o fato da idade penalmente imputável estar prevista no artigo 228, não lhe eximiria da proteção**, sendo tal situação fruto apenas da organização técnica, opção do legislador constituinte, que optou por concentrar os temas relacionados a crianças e adolescentes no Capítulo VII, sob a titulação "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso" (BRASIL, 2012a).

No mesmo entendimento, o jurista e professor Ives Gandra da Silva Martins¹² aduz que direitos e garantias individuais possuem status de cláusula pétrea, não se restringindo, porém, aos do artigo 5º, pois é o próprio § 2º do mesmo artigo que inclui nesse rol outros direitos espalhados ao longo do texto constitucional e também aqueles que "decorrem de implicitude inequívoca" (MARTINS, 1999). Ainda no esteio constitucional, vale lembrar a lição de José Afonso da Silva (2000) que afirma:

"A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivas de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, §3º). Postula punição severa ao abuso violência e exploração sexual da criança e do adolescente." (SILVA, 2000, p. 824).

Considerando que a responsabilização especial prevista no Estatuto decorre do disposto no texto constitucional, ao se entender essa disposição como um direito fundamental garantido aos adolescentes, e, portanto, alcançado pelo inciso IV, do § 4º do artigo 60 da CF/88 (BRASIL, 2012a), impende considerá-lo cláusula pétrea, não passível de alteração que venha a abolir tal direito, por meio de emenda constitucional. Isso porque a redução da maioria seria interpretada como retirada do direito dos menores de 18 anos ao tratamento penal diferenciado.

¹² Comentários do autor à constituição federal de 1988, conforme referência bibliográfica, citado no "Boletim de Teses da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – AMBP". Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/portal/page/.../Boletim%20teses%20abmp.doc>. Acesso em: 01 maio 2013.

A despeito dessas discussões, a jurisprudência pouco tem se manifestado a respeito, não sendo recorrentes manifestações dos Tribunais Superiores a respeito (SARAIVA, 2006).

O que pôde observar, a partir de pesquisa eletrônica feita junto aos mesmos, em busca de enunciados sobre o tema, é que o Supremo Tribunal Federal apenas se pronunciou, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 939-7/DF) pela possibilidade inclusão, como cláusulas pétreas, de direitos e garantias fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional, fora do rol exemplificativo do artigo 5º da Constituição Federal, sendo esse entendimento referido em diversas decisões¹³. Os tribunais têm aplicado, conforme a disposição constitucional e o ECA, o requisito da maioria penal de forma objetiva, como se pode verificar nos enunciados a seguir colacionados, apenas para exemplificação:

1. A impetração, que busca revogar a prisão preventiva, perdeu seu objeto com a absolvição do Paciente da prática do crime de homicídio simples, em face de sua inimputabilidade, com imposição de medida de segurança. 2. Habeas corpus prejudicado (grifo nosso).¹⁴

INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE DEMONSTRADA POR DOCUMENTOS NOS AUTOS. I. O ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 74 DO STJ NÃO EXIGE EXPRESSAMENTE A CERTIDÃO DE NASCIMENTO. QUALQUER DOCUMENTO HÁBIL PRESTA-SE PARA COMPROVAR A IDADE DO JOVEM. NO CASO, PRESENTE BOLETIM DE INFORMAÇÕES DA DCA, BEM COMO INTERROGATÓRIOS NA ESPECIALIZADA E NA VIJ. II. RECURSO IMPROVIDO (grifo nosso)¹⁵.

Destarte, verifica-se que a despeito das discussões constantemente suscitadas, a Constituição Federal como norma principiológica suprema do ordenamento jurídico estabeleceu o tratamento penal diferenciado para adolescentes infratores, com base na adoção da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Interesse Superior da Criança (BRASIL, 2012a), sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei nº 8.069/90, foi elaborado para regulamentação dessas disposições constitucionais (BRASIL, 1990). Essa forma diferenciada de responsabilizar a prática do ato infracional, por meio das medidas socioeducativas, além de considerar a

¹³ Vide, por exemplo: Mandado de Segurança Nº 36375 SP 94.03.036375-4, Data de Publicação: 08/05/1997; Apelação em Mandado de Segurança Nº 10543/BA 94.01.10543-0. Data de Publicação: DJe 23/03/1995.

¹⁴ STJ - HABEAS CORPUS Nº 188592 AC 2010/0197167-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, data de julgamento: 15/03/2012, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 27/03/2012.

¹⁵ TJ-DF, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 840337020088070001 DF 0084033-70.2008.807.0001, Relator: SANDRA DE SANTIS, data de Julgamento: 10/03/2011, 1ª Turma Criminal. Data de Publicação: DJe 08/04/2011.

peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, também encerra caráter sancionatório retributivo, motivo pelo qual resta claramente afastada a ideia de impunidade destes inimputáveis (SARAIVA, 2006).

Assim, em que pese a relevância dessa análise doutrinária, o certo é que, por enquanto, tal regramento constitucional está vigente e deve, pois, gozar de plena e total aplicabilidade na jurisdição brasileira. Observa-se, portanto, que as normativas constitucionais vigentes construíram comandos inovadores, ao estabelecer os princípios norteadores do direito de criança e adolescentes, que foram regulamentados por meio do ECA, que será analisado a seguir. Nesse passo, elevou-os à condição sujeitos de direitos individuais e coletivos, ao tempo em que definiu garantias e direitos fundamentais específicos, reconhecendo-os como pessoa em desenvolvimento.

2.2 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

A Lei nº 8.069/90 representa a regulamentação das diretrizes constitucionais estabelecidas para o direito menorista, traduzindo-se no chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Após trazer em sua parte geral (Livro I), os princípios protetivos norteadores deste ramo do direito e estabelecer os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o ECA regula, em seu Segundo Livro (Parte Especial), as regras básicas da política de atendimento do menor, definindo as medidas de proteção e delineando a estrutura de responsabilização penal do adolescente infrator, no Título III, sob o epíteto “Da Prática do Ato Infracional” (BRASIL, 1990).

A partir de uma reflexão jurídica sobre o tema, observa-se que o desenvolvimento dos argumentos acerca da **grande questão** que move essa pesquisa **(a inimputabilidade confunde-se com a impunidade de adolescentes infratores, ao ponto de justificar a necessidade de redução da menoridade penal para redução da criminalidade?)** perpassa, necessariamente, por um olhar fundamentado, sobre essa estrutura jurídica do regime de responsabilização penal para adolescentes infratores, constitucionalmente estabelecido e regulamentado pelo ECA.

Como ponto de partida dessas apreciações, alguns esclarecimentos se fazem necessários, pelas especificidades do Direito da Criança e do Adolescente estabelecidas no Estatuto. É importante ressaltar, consoante o artigo 2º, do mesmo regramento, que a pessoa com até 12 (doze) anos de idade, denominada **criança**, ao

cometer ato infracional não sofrerá a imposição de sanções, não lhe sendo aplicadas, portanto, as medidas socioeducativas, mas tão somente as medidas específicas de proteção (Título II), em consonância com o disposto no artigo 105 do ECA (BRASIL, 1990).

Estabelecidas no artigo 101, tais medidas têm caráter protetor e não punitivo, visando amparar não apenas a criança, isoladamente, mas, também o núcleo familiar (BRASIL, 1990). É o entendimento do legislador que, nesses casos, regra geral, é determinação muito mais assertiva fortalecer a base familiar e de apoio dessas crianças, sob a tutela do Juizado da Infância e Juventude, já que, como afirmou o Desembargador Jeferson Moreira de Carvalho (1997), a ocorrência de um comportamento contrário à lei, tem como principal origem o problema social, fruto do desequilíbrio familiar.

No mesmo artigo 2º do Estatuto (BRASIL, 1990), também se estabelece a idade entre 12 e 18 anos para caracterizar o **adolescente**, que será responsabilizado penalmente por meio das medidas socioeducativas, quando da prática de ato infracional; segundo a doutrina essa é uma **diferenciação técnica**, cujo sentido foi o de afastar da legislação a denominação “menor”, a fim de se evitar a marginalização e o estigma que o termo trazia quando vigia a doutrina da situação irregular (ISHIDA, 2011).

Assim, **embora os adolescentes sejam penalmente inimputáveis**, consoante o disposto no artigo 104 do Estatuto, que reafirma o artigo 228 da Constituição Federal (BRASIL, 2012a), **eles têm em seu regramento próprio a previsão de responsabilização penal diferenciada, por meio da aplicação das medidas socioeducativas**, elencadas no artigo 112 do ECA, quando verificada a prática de ato infracional (BRASIL, 1990). Tais medidas serão analisadas em subitem a seguir. **Respondem, por conseguinte, pela prática dos delitos tipificados como crime ou contravenção penal, sendo-lhes aplicadas as medidas socioeducativas, que, não obstante sejam positivadas como normas basicamente ressocializadoras, possuem nítido caráter sancionatório** (VOLPI, 2001).

O mesmo artigo 104 estatui em seu parágrafo único que se considera, para a cominação da sanção, a idade do adolescente na data do fato (BRASIL, 1990) em

atenção a Teoria da Atividade, disciplinada no artigo 4º do Código Penal¹⁶ (ISHIDA, 2011). E muito embora, desde a promulgação do novo Código Civil – CC (BRASIL, 2002) discussões tenham sido travadas acerca de uma possível revogação desta norma prevista no ECA, posto que o diploma civil trouxe como limite para a maioridade os 18 anos, (art. 5º, CC/2002), enquanto o Estatuto estabeleceu a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas até os 21 anos de idade (art. 121, §5º, do ECA), a doutrina e a jurisprudência majoritárias têm entendido que os atos infracionais cometidos pelos adolescentes devem ser punidos nos termos do ECA, ainda que tenham estes jovens completado 18 anos, desde que limitados pela idade de 21 anos (MACHADO, 2003).

Nesse mesmo sentido, Moraes (2008) assevera que:

“Entender, no entanto, que a nova lei civil teria revogado implicitamente os dispositivos do ECA é interpretação que ensejaria a imunidade, frente ao ordenamento jurídico, daqueles que cometessem atos infracionais às vésperas de completar 18 anos de idade. Ademais a norma do §5º do art. 121 da Lei 8.069/90 tem uma razão própria de existência, completamente diversa daquela que estabelece a capacidade civil. **A lei infanto-juvenil apenas pretendeu fixar uma idade limite para que o jovem em conflito com a lei ficasse submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, em nada se relacionando com a autorização ou não para a prática dos atos da vida civil**” (MORAES, 2008, p. 748, grifo nosso).

Assim, a tramitação dos processos deve transcorrer normalmente, até que o agente alcance os 21 anos, pois, até então, não se terá dado a perda de objeto da atividade estatal (MORAES, 2008). Arrematando esse entendimento, também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷, colacionam-se as seguintes jurisprudências, limitando-se sua quantidade apenas para evitar a desnecessária repetição deste entendimento:

“1 - Se o adolescente era menor de 18 (dezoito) anos à época do ato infracional, nada impede que permaneça cumprindo a medida socioeducativa após a maioridade civil, pois o art. 121, § 5º, do ECA, que estabelece a liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade, não foi revogado. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2 - A decretação de internação do adolescente que se encontrava em semiliberdade, por consistir em regressão da medida socioeducativa, requer sua prévia oitiva. Enunciado da Súmula nº

¹⁶ “Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (BRASIL, 1940).

¹⁷ Nesse sentido, examinem-se: HC 38019/RJ – Relator Ministro Hélio Quágli Barbosa – Sexta Turma – DJ 27/06/2005; HC 39201/RJ – Relator José Arnaldo da Fonseca – Quinta Turma – DJ 01/02/2005 (MORAES, 2008, p. 749).

265/STJ. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido” (BRASIL, 2012c, grifo nosso)¹⁸.

“1. Conforme pacífico entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, considera-se, para a aplicação das disposições previstas na Lei n.º 8.069/90, a idade do adolescente à data do fato (art. 104, parágrafo único, do ECA). Assim, se à época do fato o adolescente tinha menos de 18 (dezoito) anos, nada impede que permaneça no cumprimento de medida socioeducativa imposta, ainda que implementada sua maioridade civil. 2. O Novo Código Civil não revogou o art. 121, § 5.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a liberação compulsória. 3. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento” (BRASIL, 2012d, grifo nosso)¹⁹.

Vale destacar, por fim, que eventuais lacunas normativas com relação aos procedimentos regulados pelo Estatuto serão supridas com base no que prevê o artigo 152 do mesmo: aplicar-se-á, subsidiariamente, a legislação processual pertinente, sendo também assegurada absoluta prioridade na tramitação dos processos e procedimentos no âmbito do direito da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

Em relação à execução de medidas socioeducativas, importa ressaltar que recentemente a Lei nº 12.594/2012 estabeleceu novas regras a respeito da fase de cumprimento de medidas, quando instituiu o novo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), tratadas subsequentemente.

Nos subitens a seguir serão analisados os principais institutos da estrutura de responsabilização estabelecida no ECA, comparando-os com o regramento penal comum, a fim de verificar, desde a fase investigatória, passando pelo processo, pela fase de aplicação de medidas e sua execução, se os fundamentos levantados pelo argumento da impunidade atribuído aos adolescentes infratores tem razão de ser.

Antes, porém, cabe delimitar os direitos e garantias processuais de que goza o adolescente em conflito com a lei, consoante os Capítulos II e III do citado Título III do Estatuto.

2.2.1 Das Garantias Processuais

¹⁸ Recurso em HABEAS CORPUS nº 27.535 - RJ (2010/0008429-4) Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), RHC 27535 (2010/0008429-4 - 22/10/2012).

¹⁹ Recurso em HABEAS CORPUS nº 31.763 - RJ (2011/0305786-7) Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). RHC 31763 (2011/0305786-7 - 13/06/2012).

Os direitos e garantias processuais previstos para crianças e adolescentes no ECA, nos artigos 106 a 111 (BRASIL, 1990), foram estabelecidos a partir do reconhecimento destes como sujeitos de direitos, e consoante preceitos constitucionalmente estabelecidos, sendo possível observar certa correspondência do estabelecido no Estatuto com as garantias processuais adotadas no Direito Penal. Nesse aspecto, buscou-se manter sintonia com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2012a), no que tange, por exemplo, à:

- a) Determinação da privação de liberdade somente em caso de flagrante delito ou por meio de ordem judicial escrita e fundamentada, assegurada no artigo 106 do Estatuto (BRASIL, 1990), que também garante ao adolescente o direito de ser informado dos seus direitos quando detido e de identificar os responsáveis por sua apreensão, confirmando-se os incisos LXI e LXIV do referido artigo 5º da Constituição (BRASIL, 2012a);
- b) Necessidade de se prestar informação aos familiares ou responsáveis, bem como à autoridade judiciária, sempre que o adolescente for apreendido, devendo ser examinada, o quanto antes, a possibilidade de sua imediata liberação, nos termos do artigo 107 do ECA (BRASIL, 1990), combinado com os incisos LXII e LXV da Constituição Federal (BRASIL, 2012a);
- c) Proibição à identificação compulsória do adolescente, desde que civilmente identificado, como informa o artigo 109 do ECA, salvo nos casos de “confrontação, havendo dúvida fundada” (BRASIL, 1990), em consonância com o estabelecido no inciso LVIII da Carta Magna (BRASIL, 2012a);
- d) Restrição da medida de internação provisória, ao prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, somente quando estritamente necessária e desde que fundamentada com base em “indícios suficientes de autoria e materialidade”, como estabelece o artigo 108 do ECA (BRASIL, 1990);
- e) Garantia do Devido Processo Legal, sem o qual o adolescente não poderá ter privada a sua liberdade, como estabelece o artigo 110 do ECA (BRASIL, 1990) e de acordo com o inciso LIV do artigo 5º da Constituição, intimamente ligada ao direito constitucionalmente assegurado ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios a ela inerentes (BRASIL, 2012a);

- f) Garantias processuais estabelecidas no artigo 111 do Estatuto, que informa, em rol meramente exemplificativo, *in verbis*:

“Art.111 São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento” (BRASIL, 1990).

Com relação às garantias constitucionais do direito de petição, de acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita, estabelecidas nos termos do artigo 5º, incisos XXXIV, a, XXXV e LXXIV, respectivamente (BRASIL, 2012a), dispõe o artigo 141 do ECA que “é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos” (BRASIL, 1990), bem assim assegura a toda criança ou adolescente hipossuficiente a assistência judiciária gratuita mediante defensor público ou advogado nomeado, sendo que “todas as ações que tramitem sob a competência da Justiça da Infância e da Juventude serão isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé²⁰”. (BRASIL, 1990).

Tais garantias se coadunam com a Doutrina da Proteção Integral. Comentando, por exemplo, a isenção de custas, Ishida (2011) aduz que ao se promover a isenção, objetiva-se “universalização do acesso à justiça” para a criança e o adolescente (ISHIDA, 2011). Observa-se, ainda, no que tange às garantias processuais, que institutos importantes, como a Presunção de Inocência (artigo 5º, LVII, Constituição Federal), a Duração Razoável do Processo (artigo 5º, LXXVIII), os remédios constitucionais do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança (artigo 5º, LXVIII e LXIX) não vêm expressamente previstos no ECA, devendo ser, porém, aplicados aos

²⁰ Hipóteses previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, CPC (ISHIDA, 2011).

adolescentes em conflito com a lei, por estarem incluídos entre os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados a todos que se encontram sob o ordenamento jurídico brasileiro, como reza o *caput* do artigo 5º da Carta Magna (BRASIL, 2012a).

2.2.2 Do Procedimento de Apuração do Ato Infracional

De acordo com o Direito da Criança e do Adolescente vigente no ordenamento brasileiro, **a prática de condutas classificadas penalmente como crimes e contravenções, quando realizadas por crianças e adolescentes, são denominadas ato infracional**, nos termos do artigo 103 do ECA (BRASIL, 1990), isto é, cometido um ato infracional, nasce para o Estado o direito subjetivo de reeducar e punir em concreto, mediante a imposição de medidas socioeducativas (ISHIDA, 2011).

Nesse sentido, o ato infracional define-se como “ação violadora das normas que definem os crimes ou as contravenções (...) comportamento típico, previamente descrito na lei penal, quando praticado por crianças ou adolescentes” (MORAES, 2008, p. 747), sendo tal preceito corolário do princípio da legalidade, pelo que deve haver equilíbrio entre o sistema de responsabilização penal do adolescente e os requisitos normativos provenientes da seara criminal (MORAES, 2008).

Da simples leitura do dispositivo citado, observa-se que o Estatuto **não apenas reconhece o caráter delituoso do ato infracional**, como também prevê, no artigo 112, **a responsabilização do adolescente infrator, sempre que incorrer em conduta tipificada como crime ou contravenção** no ordenamento jurídico penal (BRASIL, 1990). Isso, de pronto, **já afasta a ideia de impunidade**, visto que a **lei específica estabelece sanção quando praticado o ato infracional, conquanto seja uma espécie diferenciada da penal, tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente** (MACHADO, 2003).

Ao comentar o referido artigo 103 do ECA, Válter Kenji Ishida (2011) salienta que, conquanto a definição clássica ou causal de crime preveja-o como fato típico, jurídico e culpável, em se tratando da lei menorista é à teoria finalista²¹ que mais se adequa o conceito de ato infracional, ao entendê-lo, sob o conceito bipartide, como fato

²¹ Concebida por Hans Welzel (1930), a chamada Teoria Finalista da Ação entende o crime como atividade humana, sendo considerado, também, como requisito, a finalidade buscada pelo agente, em contraste com a Teoria Causalista/Causal, que traduz o pensamento clássico que considera como componente do crime, além da tipicidade e ilicitude, a culpabilidade (NUCCI, 2007).

típico e antijurídico, já que, no caso da criança e do adolescente não restará configurado o requisito da culpabilidade, “isso porque a imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito à aplicação de medida socioeducativa por meio de sindicância” (ISHIDA, 2011, p. 197).

O procedimento estabelecido pelo ECA para responsabilização penal do adolescente infrator, vem tratado a partir do artigo 171, sob a nomenclatura “Da Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescente”. Constitui-se, em síntese apertada, de três grandes fases (BRASIL, 1990), sendo as duas primeiras de natureza administrativa e a última judicial (ROSSATO, 2010):

1ª. Policial / Investigativa, que tem início no momento em que o adolescente é detido por autoridade competente – sendo que sua apreensão e o local em que se encontra deverão ser imediatamente comunicados à autoridade judiciária e aos seus familiares ou responsáveis, nos termos do artigo 107 do ECA;

2ª. Ministerial / Pré-Processual, em que são realizadas as atribuições de competência do Ministério Público, nos termos dos artigos 176 a 180 do Estatuto; e

3ª. Judicial / Processual, que se baseia em duas audiências, qual seja a audiência de apresentação e a de instrução (artigos 184 e 186, ECA).

É necessário que este procedimento seja observado, para que se respeite a celeridade e a ampla defesa (sobretudo no que tange ao prazo máximo de quarenta e cinco dias, definido no artigo 183 do ECA para a conclusão do processo, quando houver internação provisória do adolescente), bem como à garantia do devido processo legal explicitada no artigo 110 do Estatuto, já comentado (BRASIL, 1990).

a) Da Fase Policial ou Investigatória

A atuação policial no procedimento de apuração de ato infracional pode ser desencadeada com a apreensão do adolescente em flagrante de ato infracional, como prevê o artigo 172 do ECA ou após um registro de ocorrência, em que seja relatada qualquer conduta ilícita praticada por adolescente (MORAES, 2008)

A sindicância, prerrogativa da autoridade policial, é a atividade que define a primeira fase do procedimento (ISHIDA, 2011). Essa fase Policial ou Investigativa tem início no momento em que o adolescente é detido por autoridade competente, em flagrante de ato infracional, fulcro no artigo 172 – sendo que sua apreensão e o local em que se encontra deverão ser imediatamente comunicados à autoridade judiciária e

aos seus familiares ou responsáveis, nos termos do artigo 107 do ECA, como já comentado (BRASIL, 1990). Ainda com relação à sindicância, refere o autor que “o adolescente sindicado terá sempre direito a um defensor, mesmo que ausente ou foragido, seguindo-se o consagrado princípio do devido processo legal” (ISHIDA, 2011, p. 362), conforme estabelece o artigo 207 do ECA. É incomum, contudo, seja, de pronto, acionado advogado ou defensor público, quando da detenção do adolescente pela autoridade policial. Em algumas comarcas, o Conselho Tutelar é instado a acompanhar o procedimento, quando há alguma espécie de convênio celebrado entre este e a autoridade policial (MORAES, 2008).

Também dispõe o já citado artigo 106 do Estatuto, que a apreensão do adolescente, com a consequente privação de sua liberdade, somente se dará quando em flagrante de ato infracional ou por determinação judicial, devidamente motivada e fundamentada (ROSSATO, 2010). Observa-se, nesse aspecto, que o ECA em muito se aproxima do regramento penal comum, inclusive “as hipóteses de flagrante de ato infracional são as mesmas previstas na lei processual penal (art. 302, do CPP²²), a qual, na ausência de regras específicas no Estatuto, aplicar-se subsidiariamente” (ROSSATO, 2010, p. 426), conforme previsão do mencionado artigo 152 do ECA. No mesmo sentido Milano Filho e Milano (1999) explicam que:

“Em verdade, a apreensão em flagrante é uma forma de privação da liberdade excepcional e que deve se revestir da iniciativa do agente executor da apreensão, em face da própria imediatidade do ato, e deve estar sempre acobertada por certos requisitos, como dispõe o artigo 302 do Código de Processo penal, com especial destaque na formalidade do ato, de ser o adolescente informado sobre seus direitos e identificação dos responsáveis pela sua apreensão, por disposição expressa contida no parágrafo único do artigo 106 do Estatuto (...)” (MILANO FILHO; MILANO, 1999, p. 20).

Traçando paralelo entre o estabelecido no ECA e no Código de Processo Penal, Ishida (2011) chama a atenção para o fato de que enquanto no processo penal o legislador estabeleceu a possibilidade de ações penais públicas condicionada e incondicionada, além da espécie privada, **nos procedimentos de apuração de ato infracional, que são de ordem pública, a ação seria, sempre, pública**

²² “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (BRASIL, 1941). Chama-se “flagrante próprio” às hipóteses previstas nos incisos I e II, “flagrante impróprio” à do inciso III e “flagrante presumido” a apontada no inciso IV (ISHIDA, 2011).

incondicionada! Nota-se, nesse aspecto, que **o adolescente estará submetido a um maior rigor legal, cabendo-lhe a instauração do procedimento, ainda que não seja desejo do ofendido fazê-lo.** A esse respeito tem a jurisprudência²³ afirmado que somente o Ministério Público pode dar início ao procedimento judicial para apuração de ato infracional, sendo irrelevante a manifestação do ofendido, conforme dispõe os artigos 180, III e 182, § 1º do ECA (ISHIDA, 2011).

Rossato (2010) aponta, ainda, que quando detido em flagrante prática de ato infracional deve o adolescente ser imediatamente encaminhado à autoridade policial competente, a saber, o delegado de polícia, o qual deverá tomar as seguintes providências estabelecidas no ECA (artigos 106, 173 e 174 combinados):

1. Caso o Ato Infracional tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, deve a autoridade policial lavrar Auto de Apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente, apreender o produto e os instrumentos da infração, requisitar exames ou perícias, identificar os responsáveis pela apreensão, proceder à comunicação dos familiares ou responsáveis pelo adolescente e da autoridade judicial competente, providenciar a liberação imediata do adolescente ou sua condução ao Ministério Público. O procedimento é semelhante ao estabelecido para a prisão em flagrante, conforme artigos 301 e seguintes do CPP (ISHIDA, 2011).

2. Caso o Ato Infracional tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, poderá a autoridade policial providenciar o Boletim de Ocorrência Circunstanciada (em substituição ao Auto de Apreensão). Apesar da omissão do ECA, Rossato (2010) e Milano Filho (1999) entendem que, também nesses casos, deverão as demais providências previstas no artigo 173 do ECA serem tomadas pela autoridade policial. Isso porque uma eventual imposição de medida socioeducativa exigirá “provas suficientes da materialidade de autoria da infração” (MILANO FILHO; MILANO, 1999, p. 28). Já Ishida (2011) defende que, nesses casos, poderia a autoridade policial optar por apenas encaminhar o adolescente ao juiz competente e/ou ao Ministério Público, mediante lavratura do termo circunstanciado.

Com relação ao procedimento desenvolvido pela autoridade policial, salienta a doutrina a importância de que sejam tomadas todas as providências e diligências

²³ Somente a título de exemplo, verificar os acórdãos: TJMG – AC nº. 108561-2 - Relator: Desembargador Paulo Tinôco – Publicação: 18/03/1999. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f8cd5624-708a-43c5-aa36-8705d5b22435&groupId=10136>. Acesso 15 maio 2013. TJMG – AC nº 1.0000.00.218458-8/000 – Relator: Desembargador José Antonino Baía Borges – Publicação: 18/09/2001. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000002184588000>. Acesso 15 maio 2013.

necessárias para comprovação da materialidade do ato infracional, tais como laudos periciais, apreensão de produtos e instrumentos da infração (MORAES, 2008). Importa observar, que **o contraditório assegurado ao adolescente detido pela prática de ato infracional, nesta fase investigatória, restringe-se a sua oitiva pela autoridade policial, seguida dos depoimentos dos ofendidos e testemunhos**, já que somente num segundo momento as informações levantadas serão encaminhadas ao Ministério Público, que ouvirá informalmente o adolescente, dando início a fase seguinte, analisada a seguir (ROSSATO, 2010).

No caso de apreensão por decisão judiciária (artigo 171 do ECA), deverá o infrator ser conduzido à autoridade judicial, ou, quando não for possível o imediato encaminhamento, aplicar-se-á, subsidiariamente, a regra estabelecida para o flagrante: deve o adolescente ser “encaminhado à entidade de atendimento responsável pela internação e, se esta não existir na localidade, permanecerá junto à repartição policial, que deverá apresentá-lo em 24 horas” (ROSSATO, 2010, p. 426). A determinação de detenção poderá ser exarada pela autoridade judicial quando o adolescente não comparecer a audiência de apresentação perante o juiz competente, ou quando não for encontrado e tiver que cumprir medida socioeducativa de internação após o processo socioeducativo, ou ainda quando for determinado seu retorno ao cumprimento de medida de internação (ROSSATO, 2010).

Os artigos 174 a 176 do Estatuto (BRASIL, 1990) regulam as situações em que poderá se dar a liberação do adolescente após apreensão, segundo os quais o adolescente será liberado após a apreensão caso compareçam seus pais ou responsáveis perante a autoridade policial, responsabilizando-se por apresentá-lo ao Ministério Público no primeiro dia útil subsequente ao ocorrido (ROSSATO, 2010). Tal possibilidade poderá ser afastada, porém, se tratar-se de ato infracional grave, com ampla repercussão social, caso em que será mantido o adolescente provisoriamente internado, para preservar sua integridade física e garantir a manutenção da ordem pública, caso em que poderá em favor do infrator ser impetrado *Habeas Corpus*, “para que cesse o constrangimento ilegal” (ROSSATO, 2010, p. 428), se for o caso.

Caso o adolescente não possa ser entregue aos seus pais, deve a autoridade policial providenciar seu envio imediato ao membro do *Parquet*. Não sendo possível apresentá-lo prontamente, determina o ECA seja o mesmo encaminhado para **entidade de atendimento, que não existindo impõe a permanência do mesmo**

junto à autoridade policial (ROSSATO, 2010), embora a jurisprudência tenha se manifestado no sentido de ser inapropriada a permanência do adolescente em delegacia de polícia (ISHIDA, 2011). Sobre esse aspecto, Moraes (2008) salienta que **a maior parte dos municípios não conta com instituições adequadas ao abrigo do adolescente infrator**, “impondo-se sua manutenção na sede policial especializada, ou, na falta desta, em dependência diversa da destinada aos maiores” (MORAES, 2008, p. 759), a fim de manter-se consonância com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Liberado o adolescente, cabe a autoridade policial enviar cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência ao representante do Ministério Público, que dará, então, continuidade ao procedimento – adentrar-se-á na fase de atuação ministerial.

b) Da Fase de Atuação do Ministério Público

Como já comentado anteriormente, o ECA estabeleceu competência exclusiva do Ministério Público para atuar dando prosseguimento ou não na apuração de eventual ato infracional praticado por adolescente, sendo o órgão representante soberano, o “*dominus litis*”, ao qual caberá determinar como andarará o feito (ISHIDA, 2011). Assim, finalizadas as diligências policiais e “após a autuação do boletim de ocorrência, relatório policial ou auto de infração, junto ao cartório do Juízo da Infância e da Juventude, que deverá informar os antecedentes do adolescente apreendido” (MORAES, 2008, p. 760), será providenciado o encaminhamento do adolescente ao Ministério Público, para que seja ouvido.

O primeiro ato, nesse passo, será a chamada “oitiva informal”, que deverá se dar nos termos do estabelecido no artigo 179²⁴ do Estatuto, sendo essa a oportunidade em que “o promotor formará sua convicção” (ISHIDA, 2011, p. 366). Durante sua audiência com o adolescente, deverá o órgão ministerial buscar obter junto ao adolescente todas as informações acerca do ocorrido, “indagando acerca dos fatos, do seu grau de comprometimento com a prática de atos infracionais, do cumprimento de medidas anteriormente impostas, do seu histórico familiar e social (...)” (MORAES, 2008, p. 760), podendo ser ouvidos, ainda, os pais do adolescente ou seus responsáveis, vítimas e

²⁴ “Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar” (BRASIL, 1990).

testemunhas, e tudo o mais que julgue necessário para esclarecimento dos fatos, bem como para eventual proposta de medida socioeducativa ao Juizado da Infância e Juventude, na fase seguinte do procedimento (MORAES, 2008). Se o adolescente houver sido liberado, com o compromisso de seus pais ou responsáveis o apresentarem ao Ministério Público, e não se apresentar tempestivamente, poderá ser requisitado o auxílio policial para tanto, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 179 do ECA (BRASIL, 1990).

Analisando de forma comparativa essa fase com o estabelecido no direito penal comum, Machado (2003) informa que o ECA inovou nessa etapa do “procedimento persecutório” concedendo ao órgão ministerial funções que não são desenvolvidas por ele na esteira do Código de Processo Penal: é que foram outorgadas ao promotor que atua na apuração de ato infracional poderes instrutórios, na medida em que lhe é concedido ouvir tanto o adolescente como seus pais, responsáveis, vítimas e testemunhas do ocorrido. Diz a autora, que “essa função administrativa exercida pelo Promotor de Justiça na sistemática do Estatuto é da mesma natureza daquela exercida pelo presidente do inquérito policial no regime do CPP e semelhante aos atos praticados pelo órgão do Ministério Público na presidência do inquérito civil público” (MACHADO, 2003 apud MORAES, 2008, p. 761).

De acordo com o disposto no artigo 180 do ECA, da oitiva do adolescente pelo representante do Ministério Público podem resultar três situações com relação ao procedimento de apuração do ato infracional: arquivamento, remissão ou representação do ato à autoridade judiciária (BRASIL, 1990). Entretanto não há entendimento pacífico na doutrina no que se refere à possibilidade dessas providências serem tomadas pelo *Parquet*, ainda que sem a oitiva do adolescente, e, se for o caso, vítima e testemunhas (MORAES, 2008).

Nesse sentido, há quem afirme que a oitiva, como o próprio Estatuto denomina é meramente “informal”, não sendo, portanto, pressuposto legal necessário à formação de convicção pelo agente ministerial e nem condição de procedibilidade, mas mero “procedimento administrativo” anterior à fase judicial – pelo que poderia, então, ser afastada diante da impossibilidade circunstancial de fazê-lo (ISHIDA, 2011). Outra corrente doutrinária aduz que suprimir esse procedimento, macularia de forma insanável a garantia constitucionalmente assegurada ao adolescente do “devido processo legal”, já que estaria sendo privado do direito ao contraditório, devendo o

promotor diligenciar a fim de “esgotar todas as medidas necessárias para oitiva (art. 179 e seu parágrafo único do ECA), e, sendo impossível, prosseguir com uma das mencionadas providências, desde que tenha formado sua convicção acerca dos fatos” (MORAES, 2008, p. 763).

Caso a opção seja pela remissão ou arquivamento do procedimento, poderá o Ministério Público encaminhar, de pronto, o adolescente aos pais ou responsáveis; não estando presentes, deverá requerer, junto aos órgãos competentes seja tomada tal providência, nos termos do artigo 101, I do ECA (MORAES, 2008). Se decidir pela representação, deverá propor à autoridade judiciária medida socioeducativa a ser aplicada, podendo postular, ainda, a internação provisória do adolescente infrator, conforme o caso concreto.

Ainda a respeito das funções do Ministério Público na fase pré-processual, discute-se doutrinariamente quais seriam os limites dessa atuação: se poderia liberar imediatamente o adolescente, quando entendesse desnecessária sua internação provisória, evitando incidir na pena prevista no artigo 234 do ECA²⁵, ou se estaria adstrito ao que decidisse o Juízo da Infância e Juventude responsável pelo caso, devendo apenas solicitar tal providência ao magistrado. A esse respeito, predomina o entendimento de que deve o órgão ministerial agir de ofício, tendo em vista os princípios de excepcionalidade e celeridade processual que devem predominar, sobretudo nos procedimentos estatuídos no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente: “desta forma, não há fundamento para que se mantenha o adolescente limitado em sua liberdade quando o Ministério Público promova o arquivamento do feito ou conceda a remissão, esta inclusive quando cumulada com medida socioeducativa” (MORAES, 2008, p. 765). Esta não é, infelizmente, a realidade que se verifica em todos os casos, sendo que em muitas comarcas os adolescentes ficam indevidamente detidos, aguardando despacho dos juízes, o que pode levar até cinco dias (SARAIVA, 2006).

A partir das possibilidades legais supracitadas, constata-se que o arquivamento do feito será cabível sempre que for verificado que o fato não pôde ser provado, que inexistiu, que não se configurou crime ou contravenção ou quando não é possível comprovar a participação do adolescente no ocorrido (artigos 180, I, 189 e 205 do

²⁵ “Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena - detenção de seis meses a dois anos” (BRASIL, 1990).

ECA), (BRASIL 1990). Aqui, o Estatuto seguiu a mesma linha da lei processual penal ao elencar as hipóteses de absolvição, fulcro no artigo 386 do CPP (BRASIL, 1941). É importante observar, contudo, que tanto o arquivamento quanto a remissão dependerão da homologação judicial, conforme artigo 181 do ECA (BRASIL, 1990).

A remissão será hipótese cabível como forma de exclusão do processo, tendo o agente ministerial promovido a “valoração das circunstâncias e consequências da infração, do contexto social, bem como da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional” (MORAES, 2008, p. 766). Consoante os artigos 114 e 127 do ECA, a remissão não importará em que seja reconhecida ou comprovada a responsabilidade do adolescente, não podendo ser utilizada para efeito de reincidência, dispensando haver provas suficientes da autoria e da materialidade da infração. Não obstante, autorizou o legislador possa a remissão ser cumulada com medida socioeducativa – salvo semiliberdade e internação (ROSSATO, 2010). Assim, vale apontar, por oportuno, certo rigor do legislador menorista, ao permitir que o Ministério Público, ainda que promova o arquivamento ou opte pela remissão, requeira à Autoridade Judiciária a aplicação de alguma das medidas dispostas no artigo 101 do ECA (MORAES, 2008). Sobre o tema Ishida (2011) exemplifica que a remissão pode ser cumulada, por exemplo, com medida de advertência.

Outro aspecto que merece análise, nesse ponto, é que a eventual cumulação requereria, para preservação do contraditório, a manifestação de defensor do adolescente, pois, como pondera Saraiva (2006):

“Evidentemente que se na remissão concertada pelo Ministério Público, de caráter pré-processual, vier proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, em nome do contraditório, haverá de o adolescente estar acompanhado de Defensor na audiência pré-processual realizada junto ao Ministério Público onde operou-se a transação, expressa na remissão” (SARAIVA, 2006, p. 59).

Há, porém, quem defenda²⁶ que por tratar-se de ato pré-processual que resultaria exatamente na exclusão do feito, seria prescindível a defesa do adolescente, isto é, não havendo processo, desnecessária seria a presença do defensor (ISHIDA, 2011). Como o Estatuto é omissivo, muitas vezes o procedimento se dá apenas sob a tutela do Ministério Público, sendo negado ao adolescente o direito de pleitear, quem sabe, a não aplicação de medida socioeducativa, descumprindo-se o princípio basilar

²⁶ No mesmo sentido ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2010, p. 431.

da ampla defesa (MORAES, 2008). Homologando a remissão ou o arquivamento, o magistrado, consoante o parágrafo primeiro do mesmo artigo 181, decidirá sobre o cumprimento ou não da medida proposta pelo promotor (ISHIDA, 2011). A este respeito, comenta que:

“Tal como na ação penal pública, o Ministério Público exerce parcela de soberania do Estado que lhe é conferida, já que a decisão sobre o arquivamento ou a remissão fica a cargo tão somente da instituição ministerial (incluindo os membros da 1ª e da 2ª instâncias)” (ISHIDA, 2011, p. 373).

Ainda em conformidade com o processo penal (regra idêntica à prevista no artigo 28 do CPP), caso o magistrado discorde da decisão do órgão ministerial, procederá à remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este adote uma das seguintes medidas: ratificação da decisão inicial do membro de primeira instância, designação de outro promotor para apresentar representação ou oferecimento desta (ISHIDA, 2011). O artigo 128 do ECA prevê, ainda, a possibilidade de revisão judicial da remissão, a qualquer tempo, a pedido do Ministério Público, ou mesmo do adolescente, seus pais ou responsáveis (BRASIL, 1990).

A terceira e última possibilidade é que o Ministério Público resolva promover a representação do ato infracional junto autoridade judiciária, sendo a ação, como já comentado, de natureza pública incondicionada, cuja atribuição é exclusiva do agente ministerial, independentemente do tipo referir-se a crime ou contravenção (MORAES, 2008).

Mais uma vez a lei infanto-juvenil apresenta maior rigor na responsabilização do adolescente. É que, ainda que a lei penal exija a manifestação de vontade do ofendido para punir o agente maior de idade, no caso do adolescente infrator tal condição é dispensada podendo o Ministério Público oferecer a representação e prosseguir no feito até que seja imposta medida socioeducativa, sendo que o órgão ministerial pode atuar a partir de um “juízo de valor acerca da necessidade de propositura da ação socioeducativa” (MORAES, 2008, p. 769). Isto é, enquanto no âmbito penal, se a ação for pública condicionada à representação, ficará o órgão ministerial adstrito à vontade do ofendido, “na esfera infracional (...) foi conferida ao membro do Ministério público a faculdade de avaliar, paralelamente ao interesse social na representação da conduta ilícita, qual o caminho que melhor assegurará a efetiva ressocialização do autor do ato” (MORAES, 2008, p. 770).

Oferecida a representação por meio de petição, na qual se fará síntese concisa dos fatos e classificar-se-á o ato infracional, arrolando testemunhas se necessário, decidirá a autoridade judiciária a respeito (BRASIL, 1990). Importante assinalar, consoante o § 2º do artigo 182 do ECA, a desnecessidade de prova pré-constituída da autoria e materialidade para a representação do Ministério Público, já que somente se instaura fase instrutória após o início do procedimento judicial (MORAES, 2008). Vigora, por conseguinte, na hipótese, o *in dubio pro societate*, “assim eventuais nulidades existentes, como a ausência dos genitores, somente serão reconhecidas se for demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo” (ROSSATO, 2010, p. 429). Segundo Ishida (2011) o Estatuto se aproximou do processo civil neste ponto, pois não requer prova pré-constituída, enquanto na esfera penal são necessários a materialidade e os indícios de autoria (vide artigo 414 do CPP).

Por fim, estabelecem os artigos 147 e 148 do ECA a competência do Juizado da Infância e da Juventude (JIJ) para recebimento da representação ministerial – momento em que instaurar-se-á a última fase do procedimento de responsabilização penal do adolescente.

c) Da Fase Processual ou Judicial

A atuação da Autoridade Judiciária pode se dar tanto para homologação da remissão ou do arquivamento do feito, como visto, quanto para recebimento ou rejeição da representação.

Ao ser encaminhada a promoção do Ministério Público, o magistrado fará o competente juízo de admissibilidade, embora não se manifeste a respeito o Estatuto, já que não seria condizente com o devido processo legal, dar prosseguimento ao processo socioeducativo, sem aferição judicial de sua viabilidade. Devem ser sopesados, no caso, todos os requisitos estabelecidos pelo ECA para o procedimento (artigos 2º, parágrafo único, 103, 105 e 171 a 190) e também as regras da legislação processual comum, subsidiariamente (MORAES, 2008).

Caso seja recebida a representação, deverá o magistrado decidir-se, de pronto, acerca de eventual pedido de internação provisória do adolescente, se for o caso, designando a audiência de representação e cientificando os pais ou responsáveis de tudo quanto for decidido, como prevê o artigo 184 do ECA (BRASIL, 1990). No caso de manutenção ou decretação da internação provisória, deve o magistrado procurar

cumprir o prazo de quarenta e cinco dias estabelecido pelo ECA (artigos 108 c/c 183) para conclusão do procedimento (ISHIDA, 2011).

Quando da realização da audiência de apresentação, deverão estar presentes o representante do Ministério Público e o advogado ou defensor do adolescente (MORAES, 2008). Tendo em vista as garantias processuais do artigo 111 do ECA, Ishida (2011) explica que a lei menorista, com base no princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, prevê mecanismos para que o adolescente, via defesa técnica, possa alegar sua inocência e se utilizar de todos meios inerentes para prová-la: pode se contrapor por meio de advogado ou defensor à acusação, arrolar testemunhas e produzir provas por outros meios admitidos. Aduz que “assim como no processo penal, leva-se cópia da representação ofertada pelo membro do Ministério Público, devendo o oficial de justiça proceder a estes esclarecimentos, inclusive certificando nos autos” (ISHIDA, 2011, p. 183).

Tecendo um paralelo entre o artigo 189 do Estatuto e o artigo 386 do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941), destaca Ishida (2011) que no procedimento de apuração do ato infracional as possibilidades de dilação probatória são menores que no processo penal, embora também produzam efeitos as excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade evitando-se as medidas socioeducativas e somente permitindo medidas de proteção, quando cabível (ISHIDA, 2011).

No citado artigo 189 prevê o legislador que não serão aplicadas medidas de responsabilização do infrator quando provada a inexistência do fato ou a inexistência da prova de sua ocorrência, quando o ocorrido não se constituir ato infracional ou quando inexistente prova que vincule o adolescente ao ato infracional em questão (BRASIL, 1990) – é previsão equivalente ao disposto na legislação processual penal²⁷. Entretanto, sob a égide do ECA, a situação pode ser mais gravosa para o adolescente infrator, que não se beneficiará, por exemplo, das isenções previstas no artigo 181 do Código Penal (BRASIL, 1940), como destaca Ishida (2011):

“Por outro lado, outras causas de impunibilidade como as denominadas escusas absolutórias do art. 181 do Código Penal permitem a aplicação da medida socioeducativa porque escapam do conceito restrito de crime. Assim, um filho que furta bem do pai desfruta de imunidade do

²⁷ “Art. 386 O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação (...)”. (BRASIL, 1941).

art. 181 do Código Penal se for maior, mas se menor de 18 (dezoito) estará sujeito à aplicação da medida socioeducativa”. (ISHIDA, 2011, p. 197).

Na audiência de apresentação será ouvido pelo juiz o adolescente e seus pais ou responsáveis, conforme artigo 186 do ECA, devendo ser observadas as regras do interrogatório existentes no Código de Processo Penal²⁸, sendo que essa oitiva do adolescente, dos pais, e até de profissional habilitado, se julgado necessário, terá importância muito maior do que no processo penal, já que na esfera infracional, as condições do infrator e tudo quanto o magistrado puder conhecer nesse momento, poderá influir na escolha da medida socioeducativa a ser aplicada – a decisão do magistrado é, portanto, de caráter bem mais discricionário (ROSSATO, 2010).

Se o adolescente não comparecer injustificadamente será conduzido coercitivamente, conforme artigo 187 do Estatuto, sendo marcada nova data para realização da audiência (BRASIL, 1990).

Conforme dispõe os artigos 186 §1º, 188 c/c 126, parágrafo único, do ECA (BRASIL, 1990), durante a audiência poderá o juiz conceder remissão, inclusive cumulada com outra medida sócio educativa (salvo internação e semiliberdade), como forma de suspensão ou extinção do feito, desde que ouvido o Ministério Público, sendo que a remissão poderá vir a ser concedida posteriormente também, em qualquer outra fase do procedimento (MORAES, 2008). E mais, se durante a remissão, cumulada com medida socioeducativa, esta for de algum modo descumprida, poderá o juiz rever a remissão, na forma do artigo 128, já comentado (MORAES, 2008).

Prosseguindo o feito, pode ser necessária a instauração de fase probatória, conforme também a gravidade do ato, sendo a produção de provas dispensada desde que o fato não enseje medida restritiva de liberdade. Dispensada a dilação probatória, pode o juiz pronunciar-se, consoante interpretação a contrário senso do §2º do artigo 186 do ECA – não se considera, nesse caso, irregular o procedimento, desde que assegurada a possibilidade de produção de provas e tendo essa sido dispensada pelas partes (MORAES, 2008).

Cabível mencionar, entretanto, o enunciado da Súmula 342 do Superior Tribunal de Justiça que prevê: “No procedimento para aplicação de medida socioeducativa é

²⁸ Deverá o adolescente ser qualificado e cientificado do que se lhe atribui na representação, assegurado seu prévio contato com defensor, bem como informado sobre seu direito de permanecer calado (ROSSATO, 2010).

nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente” (BRASIL, 2007) – entende a Corte que, nestes casos, a confissão do adolescente, por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, não será suficiente para que seja prolatada sentença antecipada, sem produção de outras provas, sob pena de se estar violando preceitos constitucionais basilares, tais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (MORAES, 2008). Assim, “não poderá o magistrado, tendo em vista a confissão do adolescente, dar por encerrada a instrução e aplicar a medida socioeducativa pertinente” (ROSSATO, 2010, p. 440).

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 186 do Estatuto estabelecem que, caso necessário, deverá o magistrado designar “audiência em continuação” (BRASIL, 1990), abrindo prazo de três dias para defesa prévia. Nesta segunda audiência em que é dispensável a presença do adolescente, bastando a do seu defensor, serão ouvidas as testemunhas arroladas, juntado eventual relatório de equipe multidisciplinar fornecendo subsídios sobre a situação do adolescente, etc., e, ao final, será dada às partes oportunidade para as alegações finais²⁹, decidindo o magistrado ao final (ROSSATO, 2010).

Uma vez comprovada a autoria e materialidade do ato infracional, decidirá o magistrado, fundamentadamente, pela aplicação de medida socioeducativa que julgar mais adequada, se, porém, vislumbrar alguma das possibilidades trazidas pelo artigo 189 do ECA, decidirá pela improcedência da representação, providenciando a imediata liberação do adolescente, se internado provisoriamente (MORAES, 2008). Também é possível que o juiz reconheça a prescrição, nos termos da Súmula nº 338³⁰ do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, após iniciado o procedimento judicial de responsabilização penal do adolescente, em que se lhe atribui conduta antissocial, poderá a ação socioeducativa resultar na imposição de “efeitos aflitivos”, mediante aplicação de medida socioeducativa, cujas espécies serão comentadas a seguir (MORAES, 2008).

2.2.3 Espécies de Medidas Socioeducativas

²⁹ Ainda não haja previsão expressa, pode o magistrado conferir às partes que as alegações finais sejam realizadas por memoriais, assim como no procedimento processual penal.

³⁰ “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.” Data de Publicação no DJ 16/05/2007, Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1283>>. Acesso em: 20 maio 2013.

A imposição de sanção ao adolescente infrator, após procedimento de apuração do ato infracional, se materializa por meio das medidas socioeducativas, elencadas no artigo 112 do ECA (BRASIL, 1990). É importante assinalar, preliminarmente, que ao se reforçar que a responsabilização do adolescente se dá por meio de sanção outra, que não a pena, como tratada no direito penal comum, **não se está a dizer que o ECA não pune, pois não é a pena a única forma de sanção estabelecida, mas apenas espécie de sanção** (SARAIVA, 2006).

Corroborando com esse entendimento, o saudoso ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro (1974), explica a questão, estabelecendo que **a pena é, tão somente, uma das espécies de sanção, esta, sim, gênero**. Diz, ainda, que a infração penal evidencia preceito e sanção, logicamente vinculados (CERNICCHIARO, 1974), de maneira que enquanto o preceito diz ao agente qual a conduta que lhe é proibida, a sanção se traduz na aplicação de uma punição quando esse preceito é violado. Sob essa ótica, **as medidas socioeducativas**³¹ aplicadas ao adolescente autor de um ato infracional, **figuram-se dentro das espécies de sanção estatal**, uma vez que serão aplicadas quando da prática de uma conduta típica e antijurídica.

Igualmente, **no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, essa previsão diferenciada de sanção, definida pelas medidas socioeducativas, traduz a peculiar condição do adolescente infrator**, garantindo sua inimputabilidade constitucional, nos termos do artigo 228 da Carta Magna (BRASIL, 2012a), **sem se confundir com pretensa impunidade** – considerando que a exclusão de aplicação de pena não significa, absolutamente, uma irresponsabilização pessoal. Somente a título de exemplo, veja-se a imposição da medida socioeducativa de internação, artigo 112, VI, do ECA, que é, efetivamente, restritiva da liberdade do adolescente infrator, por até três anos (VOLPI, 2001)!

As medidas socioeducativas estão elencadas no artigo 112 do Estatuto (BRASIL, 1990), e são uma espécie de sanção estatutária que carrega “conteúdo aflitivo”, revelando-se também instrumento pedagógico que confirma sua essência

³¹ Conforme a Teoria Geral da Pena adotada no ordenamento brasileiro, verificada a ocorrência de conduta tipificada no Código Penal, ou seja, havendo a existência da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, surge para o Estado o *ius puniendi* (BITENCOURT, 2009). Já as sanções denominadas medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes infratores, não se restringem à punição do ato infracional, mas possuem, também, um caráter pedagógico, na medida em que se destinam a ressocialização do adolescente (ISHIDA, 2011).

socioeducativa (SARAIVA, 2006). Assevera, no mesmo sentido, o Desembargador Antônio Fernando Amaral e Silva (2008):

“Diante da delinquência juvenil, seja nos antigos Códigos da Doutrina da Situação Irregular, seja nas modernas legislações, não se encontrou outra alternativa que referir a condutas tipificadas na lei penal. A resposta, tenha o nome que tiver, seja medida protetiva, socioeducativa, corresponderá sempre à responsabilização pelo ato delituoso. Tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, consequência da responsabilização, terão sempre inescandível caráter penal. Essa característica (penal especial) é indelmentível e, em antigas ou novas legislações, não pode ser disfarçada”³² (grifo nosso).

Nesse sentido, assevera a doutrina que “o STJ vem admitindo o caráter punitivo da medida socioeducativa o que o aproxima da pena aplicada no processo penal” (ISHIDA, 2011, p. 210). Na mesma esteira, Moraes (2008) afirma que **as medidas socioeducativas têm natureza jurídica impositiva (pois sua aplicação independe da vontade do agente e de aceitação para seu cumprimento), bem como sancionatória e retributiva**, pelo que se revela de caráter híbrido: não obstante o cunho sociopedagógico, “possuem outro, o sancionatório, em resposta à sociedade pela lesão decorrente da conduta típica praticada” (MORAES, 2008, p. 781).

Verifica-se, portanto, que o adolescente que pratica conduta descrita como crime ou contravenção penal será submetido à sanção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, as denominadas medidas socioeducativas, aplicadas quando constatada a reprovabilidade pelo ordenamento em vigor (SARAIVA, 2006).

Consoante o regramento atual, estabelecido no artigo 106 do Estatuto (BRASIL, 1990), a aplicação das medidas de responsabilização penal de adolescentes praticantes de ato infracional é ato de exclusiva competência do juiz. É o que determina a Súmula 108, do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz” (BRASIL, 1994). Conforme regramento estabelecido no ECA, o adolescente infrator será responsabilizado pela conduta ilícita, contando com as garantias processuais e constitucionais já mencionadas. Moraes (2008), comentando Saraiva (2006), chama a atenção a esse respeito argumentando que:

“No entanto, importante é reconhecer sua especificidade em relação à seara criminal, e pautar a atuação jurídica em conformidade com tal

³² Disponível em: < http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/mito_amaraal_silva.htm>. Acesso em: 24 mar..

reconhecimento, pois, em que pese não estarem os adolescentes sujeitos à normatividade penal, são, sim, responsáveis pelos seus atos, frente à sistemática que lhes é peculiar, qual seja, a da Lei 8.069/90, e devem receber prestação jurisdicional condizente com os parâmetros legais ali definidos” (MORAES, 2008, p. 782, grifo nosso).

Dentre os critérios estabelecidos pelo Estatuto para imposição das medidas socioeducativas, merecem destaque: a análise para aferição da capacidade do adolescente em cumpri-las, as circunstâncias, consequências e gravidade do ato, bem como as necessidades pedagógicas do adolescente, para que a sanção imposta venha a fortalecer a ressocialização e os vínculos familiares e comunitários (ECA, artigos 112, §1º e 113) – nesse sentido, **embora o tempo de duração das medidas não tenha sido definido pelo legislador, diferentemente das penas, não deverá a autoridade judiciária, ao estabelecê-las, se afastar dos critérios referidos, que são “parâmetros legais” indispensáveis na determinação da sanção justa** (MORAES, 2008).

Com relação à eventual redução de direitos quando da aplicação das medidas socioeducativas, vale ressaltar **a peculiaridade da sanção no que se refere à possibilidade de acumulação de mais de uma espécie, resultante de um mesmo ato infracional, bem como de substituição, a qualquer tempo**, ainda que tal pedido não tenha sido requerido pelo Ministério Público, conforme se pode verificar da análise conjunta dos artigos 99 e 113 do Estatuto (BRASIL, 1990).

Para os adolescentes infratores, o ECA prevê dois grupos de medidas socioeducativas, as medidas em meio aberto, não privativas de liberdade (Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida) e as medidas privativas de liberdade (Semi-liberdade e Internação) (MORAES, 2008).

Para aplicação da medida de Advertência, não há exigência do Estatuto de confirmação da autoria, apenas da materialidade, informando o parágrafo único do artigo 114 que os indícios são suficientes (BRASIL, 1990). Já a imposição das demais medidas requererá, salvo a remissão já comentada, a confirmação da materialidade e autoria, como diz o *caput* do mesmo artigo 114 (BRASIL, 1990). Por não ser o particular objeto de estudo deste trabalho, apresentar-se-á, a seguir, uma análise perfunctória das medidas socioeducativas, apenas para que se possa melhor compreender o procedimento de responsabilização aplicado ao adolescente infrator, a partir da caracterização básica das mesmas.

a) Advertência

A medida socioeducativa de Advertência está disciplinada no artigo 115 do ECA (BRASIL, 1990), e, via de regra, é a primeira das medidas aplicada ao adolescente que pratica infrações caracterizadas de pequena gravidade. O citado dispositivo, combinado o artigo 114, parágrafo único, do mesmo comando legal, estabelece que tal sanção consistirá em admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, devendo, logo após, o menor ser entregue aos pais ou responsável (ISHIDA, 2011). A mais branda das medidas, a advertência se satisfaz na admoestação solene feita pelo juiz em audiência designada para a sua aplicação, resultando na extinção do processo depois de exaurida. Pode, ainda, ser aplicada pelo Ministério Público antes da instauração do processo e durante o curso do processo ou na sentença final (SARAIVA, 2006).

b) Reparação do dano

Consoante dispõe o artigo 116 do Estatuto (BRASIL, 1990), a obrigação de reparação do dano se aplica quando há cometimento de ato infracional com consequências patrimoniais, podendo o juiz determinar que o adolescente restitua o objeto, efetue o ressarcimento do dano, ou de alguma forma compense o prejuízo da vítima. Não havendo essa possibilidade, quando condição financeira do infrator mostra-se insuficiente, a medida pode ser substituída por outra de mesma adequação (ISHIDA, 2011). Saraiva (2006) refere que a capacidade de reparação do dano deve ser do próprio adolescente e não de seus pais ou responsáveis, pois o ressarcimento feito pelos genitores já é obrigação resultante da lei civil e para se alcançar o caráter educativo da medida seria necessário que a reparação resulte do agir do jovem infrator, por seus próprios meios. É que, defende o autor, tal sanção teria o condão de ressocializar o infrator, pois lhe traria consequências reais em razão do ato praticado.

c) Prestação de serviços à comunidade (PSC)

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma Penal de 1984, a prestação de serviços à comunidade encerra um caráter alternativo à privação de liberdade. Prevista no artigo 112, III, e disciplinada no 117, ambos do ECA, (BRASIL, 1990), é aplicada aos adolescentes em conflito com a lei com frequência, possuindo, em sua essência, dupla função: contribui com instituições de relevância social e, não raras vezes, estimula nos infratores satisfação pela atuação humanitária (SARAIVA, 2006). Consiste na prestação de serviços comunitários em entidades assistenciais e programas comunitários, pelo máximo de seis meses, sendo importante alternativa à internação, que somente deverá ser aplicada em casos excepcionais (ISHIDA, 2011).

Para a aplicação da PSC forma-se processo de execução de medida, no qual o órgão conveniado fornece relatórios periódicos sobre a atuação do adolescente, cuja carga horária máxima deve ser de oito horas semanais, podendo as atividades ser realizadas aos sábados, domingos e feriados, para não prejudicar os estudos ou o horário de trabalho do infrator (SARAIVA, 2006).

d) Liberdade assistida

É uma das medidas socioeducativas em que melhor se observa a tutela protetiva ao adolescente infrator, sendo aplicada sempre que se revelar como ação mais adequada ao acompanhamento, orientação e auxílio deste, que permanece em seu ambiente familiar, assistido e monitorado pelo Juizado da Infância e Juventude e pela comunidade (SARAIVA, 2006). No artigo 118 do ECA (BRASIL, 1990), prevê o legislador que pessoa capacitada, designada pelo magistrado, irá orientar e auxiliar o adolescente infrator em sua conduta de vida, por um prazo mínimo de seis meses, podendo a medida ser prorrogada, revogada ou substituída a qualquer tempo (ISHIDA, 2011). Aplicada aos infratores que apenas iniciaram-se nas condutas delituosas, desde que haja condição de ressocialização em meio aberto, é importante ressaltar, ainda, que o Programa de Liberdade Assistida abrange toda a família, cabendo ao orientador, no contato mensal com o assistido, apoiar e promover a integração entre o adolescente e sua família, inserindo-os em programas oficiais ou comunitários de auxílio e assistência social e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar. Ademais o jovem deve não se envolver em novos atos infracionais, não andar armado, não andar em más companhias, não frequentar certos locais, obedecer aos pais, recolher-se cedo à habitação, estudar e/ou assumir ocupação lícita, entre outros (SARAIVA, 2006). Inicia-se com a audiência admonitória, na qual o adolescente é apresentado ao seu orientador judiciário e estabelecem-se as formas de cumprimento e o adolescente é advertido que o descumprimento da mesma pode ensejar regressão (ISHIDA, 2011).

e) Semiliberdade

Importa privação parcial da liberdade do adolescente, sendo aplicável, somente para os atos infracionais graves, cometidos mediante violência ou grave ameaça (SARAIVA, 2006). O artigo 120 do ECA (BRASIL, 1990) prevê a imposição de um tratamento tutelar em meio aberto, em que se permite ao infrator praticar atividades escolares, empregatícias, socioculturais, etc. (ISHIDA, 2011). Conforme o § 1º do mesmo dispositivo legal, durante o cumprimento da medida deve o adolescente realizar suas atividades estudantis e/ou de trabalho durante o dia e à noite recolher-se a uma

entidade especializada, pois é obrigatória a escolarização e profissionalização, utilizando-se sempre que possível os recursos existentes na própria comunidade (BRASIL, 1990). Existem dois tipos de semiliberdade, a que decorre do tratamento tutelar, determinado inicialmente pelo juiz, após o devido processo legal, e a decorrente de uma progressão da medida de internação, que inicialmente se processou em meio fechado. Sua aplicação prática, entretanto, torna-se dificultosa, pela falta de locais adequados à sua execução, motivo pelo qual acaba sendo realizada em estabelecimentos destinados à internação (SARAIVA, 2002).

f) Internação

A medida socioeducativa privativa de liberdade deve fundar-se nos princípios da brevidade e excepcionalidade, devendo ser aplicada apenas no caso de não haver outra medida adequada que possa substituí-la, bem como respeitar sempre a condição peculiar de ser humano em desenvolvimento (SARAIVA, 2006). A internação é tratada nos artigos 121 a 125 do ECA (BRASIL, 1990), devendo ser cumprida em local exclusivo para adolescentes, observados os critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, podendo, a qualquer tempo, ser revogada ou sofrer progressão, de acordo com os relatórios elaborados pelo centro de internação, que devem ser realizados a cada seis meses. Como a medida não comporta prazo determinado, não podendo, apenas, ultrapassar o período de três anos, é o magistrado que delimita o tempo de sanção, podendo o relatório correccional contribuir nesse sentido (ISHIDA, 2011). O artigo 122 do Estatuto (BRASIL, 1990) enumera as possibilidades em que a internação poderá ser aplicada, prevendo-a, taxativamente, para os casos de o ato infracional ter sido cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável da medida aplicada. Tal medida não se confunde com a internação provisória, prevista no artigo 108 do Estatuto (BRASIL, 1990), aplicada pelo juiz, pelo prazo máximo de 45 dias, nos casos de flagrante delito, nas hipóteses elencadas no artigo 122 ou quando não há a possibilidade de imediata liberação do adolescente, ou ainda se as consequências do ato infracional causarem perigo à sua segurança e proteção (ISHIDA, 2011). Nessa linha, Saraiva (2006) entende imprescindível que a decisão seja devidamente fundamentada pelo magistrado e que estejam presentes os pressupostos da “gravidade do fato”, “sua repercussão social” e a “manutenção da ordem pública”, aplicando-se subsidiariamente o artigo 312 do Código de Processo Penal, por força do artigo 152 do ECA. Cuida-se, portanto, de medida extrema, de caráter aflitivo e com

carga retributiva, a ser aplicada em última circunstancia, somente quando inviável a imposição de quaisquer das demais sanções previstas (SARAIVA, 2006).

Nesse diapasão, João Batista Costa Saraiva, magistrado aposentado que atuou junto ao Juizado da Infância e Juventude no Rio Grande do Sul, cuja produção acadêmica vem sendo bastante citada neste trabalho, pela importância da sua obra para a compreensão da situação do adolescente infrator, salientou que a medida socioeducativa “insere-se em um conjunto de sanções que se pode definir como sanções penais, dentre as quais a Pena, atribuída ao imputável (maior de 18 anos), faz-se uma espécie”. (SARAIVA, 2006, p. 66). Assim, **a responsabilização do adolescente que pratica ato infracional, embora diferenciada da pena aplicada ao adulto, não perde, por isso, o caráter sancionatório, apenas adota instrumentais diferenciados de aplicação, por meio de outra espécie de sanção, que são as medidas socioeducativas.**

De tudo quanto foi analisado, verifica-se que a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, por utilizar meios diversos da pena para aplicar a sanção, não perde, com isso, o caráter aflictivo. Mantém o caráter sancionatório retributivo, sem, contudo, restringir-se a este, pois ainda permanece-lhe o caráter pedagógico, pelo que também visa a ressocialização do infrator.

Estabelecida a medida a ser cumprida, inicia-se para o adolescente a fase de cumprimento da mesma, em que serão tomadas as providências executórias. A seguir serão analisadas as principais alterações trazidas pela Lei nº 12.594/2012, que instituiu o novo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e regulamentou uma série de medidas necessárias ao cumprimento das medidas socioeducativas, funcionando como uma espécie de lei de execuções.

2.2.4 Execução de Medidas Socioeducativas: linhas mestras do SINASE e alterações trazidas pela Lei Nº 12.594/2012

A Lei nº 12.594/2012, instituidora das linhas mestras do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamenta o dever do Poder Público de prestar ao adolescente infrator um atendimento especializado, consoante diretrizes do ECA, trouxe, também, diversas providências para melhor consecução da fase de execução das medidas socioeducativas (RAMIDOFF, 2012).

É que o Estatuto sempre foi muito “econômico” ao tratar do tema, não obstante a importância da matéria. Até então, esse era um momento do procedimento de apuração infracional em que se fazia “imprescindível munir-se de balizamento no processamento dos feitos executórios, instrumental apto a proporcionar uniformidade e segurança na respectiva tramitação” (MORAES, 2008, p. 819). Isso porque o Estatuto, à exceção do artigo 152 já comentado, que previa aplicação subsidiária das normas processuais, não regulamentou a parte de execução das medidas socioeducativas, sendo que os procedimentos executórios eram, regra geral, estabelecidos por meio da prática e com base nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça (ROSSATO, 2010).

O SINASE surgiu, inicialmente, por meio da Resolução nº 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), tendo sido, recentemente, objeto de diversas modificações, quando da aprovação de um novo modelo pela Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012b). A nova lei compõe-se de princípios, regras e critérios que visam a regulamentar o modo como será prestado o atendimento especializado e também, a execução das medidas socioeducativas, previstas nos artigos 112 a 125 do ECA. Estabelece as normas gerais para seu cumprimento e os procedimentos específicos concernentes ao acompanhamento sociopedagógico do adolescente, bem como ao financiamento do “Sistema Socioeducativo” (RAMIDOFF, 2012).

No que tange às regras de execução, significativa inovação trazida pela lei é que **por seu intermédio o sistema de execução de medidas socioeducativas impostas a adolescentes que cometerem ato infracional passou a ter previsão legal**, trazendo maior segurança jurídica e evitando discrepâncias entre as Varas de Execução em funcionamento – nesse sentido, **a nova lei do SINASE veio a funcionar como uma espécie de “lei de execução penal”, estabelecendo o regramento para fase executória das medidas, assim como a Lei nº 7.210/84 funciona no sistema penal aplicado aos adultos. Isso também reforça o argumento de que há, de fato, uma estrutura legal responsabilizadora dos adolescentes infratores, ainda que seja diferenciado o caráter da sanção imposta!** (RAMIDOFF, 2012).

Tal dispositivo legal prevê, no bojo de suas normas, medidas que visam padronizar os procedimentos jurídicos envolvendo adolescentes em conflito com a lei, desde a apuração do ato infracional até a aplicação e execução das medidas

socioeducativas, estabelecendo atribuições legais que têm por fim a “efetivação das determinações judiciais relativas à responsabilização diferenciada do adolescente a quem se atribua a prática de ação conflitante com a lei” (RAMIDOFF, 2012, p. 13).

Como analisado anteriormente, as garantias processuais asseguradas aos adolescentes infratores, se estendem tanto para a fase de apuração do ato infracional quanto para a fase de cumprimento da medida socioeducativa, de modo que tanto nas fases administrativas quanto na judicial, seja no momento de aplicação, seja no de execução da medida, deverão ser observados os princípios garantidores do devido processo legal, proporcionando a ampla defesa e todos os meios a ela inerentes (ROSSATO, 2010).

Assim, ao final da ação socioeducativa, **o magistrado analisará se o adolescente foi ou não o autor do ato infracional, bem como se está comprovada a materialidade do ato.** Em caso positivo, passa a **escolher a medida socioeducativa adequada à ressocialização do adolescente, com fundamento nas circunstâncias em que praticado o ato, na capacidade de cumprimento da medida e também na gravidade do ato infracional.** Estabelecida a medida cabível, mediante sentença com resolução de mérito, recorrível por apelação, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado da decisão, terá início a fase de execução ou cumprimento da medida socioeducativa cominada (ROSSATO, 2010).

Para reger essa fase de cumprimento, a Lei nº 12.594/2012 estabeleceu em seu artigo 35 alguns princípios que deverão reger o procedimento de execução das medidas: a) Princípio da Legalidade, pelo qual não pode o adolescente ser tratado de forma mais gravosa do que o adulto; b) Princípio da Excepcionalidade no que se refere à intervenção judicial e imposição de medidas, com prioridade para os meios de autocomposição; c) Princípio da Prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas, favorecendo às vítimas; d) Princípio da Proporcionalidade, devendo ser sopesada a ofensa à sanção cominada; e) Princípio da brevidade da medida em resposta ao ato cometido, tendo em vista a celeridade processual estabelecida no artigo 122 do ECA; f) Princípio da Individualização, tendo por base a idade, capacidade e circunstâncias de cada adolescente; g) Princípio da Mínima Intervenção, que prevê atuação apenas para atender os fins da medida; h) Princípio da não discriminação do adolescente; e i) Princípio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (RAMIDOFF, 2012).

Cuidou o legislador, nesse passo, de manter as linhas protetivas alinhadas pela Doutrina da Proteção Integral, embora sem deixar de prover os meios necessários para a responsabilização do adolescente (RAMIDOFF, 2010). Conforme os artigos 36 e 37 do dispositivo legal, o juízo competente para execução das medidas socioeducativas será o Juizado da Infância e da Juventude (JIJ), nos termos da lei de organização judiciária. O Ministério Público e o defensor do adolescente infrator deverão manifestar-se no procedimento, sob pena de nulidade, atuando para garantir que a execução ocorra sob a égide legal (BRASIL, 2012b).

O disposto no artigo 38 da lei esclarece que, **no caso de imposição das medidas de advertência e obrigação de reparar o dano, quando aplicadas isoladamente**, deverão ser cumpridas no próprio processo de conhecimento, como *incidenter tantum* do processo, não sendo, nesses casos, instaurado procedimento autônomo, de maneira que **a fiscalização durante o cumprimento será realizado pelo próprio juiz atuante na fase de conhecimento** (RAMIDOFF, 2012). Quando o magistrado decidir pela imposição das demais medidas, bem como no caso de remissão imposta como forma de suspensão do processo, determina o artigo 39 da Lei a constituição de processo de execução autônomo, individualizado, devendo ser expedida a chamada “Guia de Execução de Medida Socioeducativa” (BRASIL, 2012b).

Caberá, ainda, ao Juízo da Execução, determinar, nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei nº 12594/2012 (BRASIL, 2012b), seja expedido ofício para o órgão responsável pelo acompanhamento do adolescente durante o cumprimento da respectiva medida socioeducativa, a fim de que este elabore uma proposta do chamado “Plano Individual de Atendimento – PIA”, que deve ser elaborado nos termos dos artigos 52 a 59 da mesma lei (RAMIDOFF, 2012). Assegura-se a **participação do defensor e do Ministério Público, que terão vistas do PIA, por três dias cada um, podendo manifestar-se e requerer avaliações ou perícias deferidas pelo magistrado, se julgadas necessárias para a complementação do plano.**

Finalizada proposta do PIA será homologada pela autoridade judiciária à qual serão remetidos relatórios ao longo da fase executória (RAMIDOFF, 2012). Há, também, a **possibilidade reavaliação, substituição ou suspensão do PIA, para revisão da medida socioeducativa aplicada, podendo haver a progressão, a requerimento do Ministério Público, do defensor ou dos pais/responsáveis do adolescente** (BRASIL, 2012b). Este pedido será apreciado pelo magistrado, que

poderá indeferi-lo ou admiti-lo, motivadamente, podendo, ainda, designar audiência para apreciação (RAMIDOFF, 2012).

Outro ponto importante previsto pela Lei, em seu artigo 45, é a **possibilidade de unificação de medidas socioeducativas, a fim de evitar que abusos sejam cometidos durante a execução** (RAMIDOFF, 2012): comumente uma determinada medida era imposta e, após o adolescente progredir no cumprimento da mesma, para medida menos gravosa, como, por exemplo, da internação para a liberdade assistida, **poderia o magistrado, por um outro fato, anterior àquele que ensejou a referida punição, aplicar nova sanção, impondo a recondução do adolescente à medida mais gravosa – o que desvirtuava por completo eventual caráter pedagógico que se pudesse buscar com a sanção.** Muitos magistrados **optavam por aguardar que o adolescente finalizasse o cumprimento de uma medida grave, para somente então iniciar o processamento de nova sanção, por atos passados,** com o fito de impor, uma vez mais, medida restritiva de liberdade (ROSSATO, 2010)!

Quanto à possibilidade de extinção do procedimento, o artigo 46 dispõe que poderá ser extinta a medida socioeducativa quando ocorrer a morte do adolescente, ao ser atingida sua finalidade, no caso de ser aplicada pena privativa de liberdade, por ser acometido o adolescente de doença grave, que o incapacite ao cumprimento e por quaisquer outras hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2012b).

Outra regra importante, que somente confirma a responsabilização penal dos adolescentes infratores, é aquela que vem estabelecida no § 2º do artigo 48 da Lei nº 12.594/2012: **em se tratando de adolescente infrator internado, é previsto, como regra, vedação à imposição do isolamento; entretanto o mesmo dispositivo estabelece exceção, quando tal medida seja “imprescindível para garantia da segurança de outros internos ou do próprio adolescente”** (BRASIL, 2012b). Ora, tal previsão bem demonstra o caráter punitivo implícito nas medidas socioeducativas (RAMIDOFF, 2012)!

Assim, estabelecidas as bases estruturais do sistema de atendimento e responsabilização dos adolescentes infratores, cabe aos agentes públicos atuarem, no sentido de dar efetividade ao legalmente previsto, sabendo-se que o regramento trazido com a Lei nº 12.594/2012 não afasta a tutela da sistemática protetiva já estabelecida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. (RAMIDOFF, 2012).

Conforme se procurou analisar neste item que tratou da “Apuração do Ato Infracional”, **a compreensão do procedimento de responsabilização do adolescente infrator revela-se fundamental para a compreensão do caráter sancionatório que permeia a responsabilização penal do adolescente infrator, afastando, inclusive, a comum noção de impunidade que justificaria, por exemplo, o argumento para a redução da menoridade penal com vistas a aplacar a criminalidade.**

Nesse sentido, a previsão das garantias processuais na apuração do ato infracional (artigos 110 a 114 do ECA), bem como na execução da medida socioeducativa (artigos 115 a 125 do Estatuto), como visto, são fundamentais não apenas para assegurar o devido processo legal, bem como para conservar o caráter formal e imparcial que devem predominar nos procedimentos de apuração infracional e imposição da respectiva sanção. Outro ponto que mereceu destaque é que ao estabelecer um regramento processual executório para tratamento dos adolescentes em conflito com a lei, estará o legislador buscando evitar que fique exclusivamente nas mãos da autoridade judiciária o arbitramento das medidas sancionatórias a serem infligidas ao infrator, retirando a discricionariedade e o caráter discriminatório que foram as características mais prejudiciais do regramento anterior – quando da prevalência da Doutrina da Situação Irregular (Código de Menores de 1979).

2.3. INIMPUTABILIDADE *versus* IMPUNIDADE : O CONFLITO DE PARADIGMAS E A INVIABILIDADE DA REDUÇÃO DA IDADE PENAL

Como visto até o momento, o estabelecimento de um regramento específico para crianças e adolescentes, demonstra um reconhecimento, ao menos formal, do Estado, de que **esses indivíduos devem ser vistos como sujeitos em desenvolvimento, motivo pelo qual precisam receber da lei um tratamento diferenciado**, tanto no que tange ao asseguramento de direitos e garantias fundamentais, quanto **nos momentos em que se fizer necessária sua responsabilização penal, pela prática de atos conflitantes com a lei.**

Para a análise da responsabilização penal do adolescente infrator, buscou-se contextualizar historicamente o atual regramento do Direito da Criança e do Adolescente, que adotou a doutrina da proteção integral, atual fundamento teórico sobre o qual se construiu a legislação menorista vigente no ordenamento jurídico

brasileiro – o **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dessa análise, pôde-se aferir que, conquanto seja relativamente recente o regramento inaugurado pelo Estatuto, **este preceito legal instituiu, juntamente com o artigo 227 da Constituição Federal, um novo paradigma jurídico-legal**, que elevou o interesse superior da criança ao status de direito fundamental (BRASIL, 2012a).

Tal paradigma, porém, sobretudo no que se refere à interpretação da forma diferenciada de responsabilização penal de adolescentes infratores, **ainda convive com uma visão social arraigada no antigo modelo**, no qual vigia a doutrina da situação irregular – que defendia uma ação tutelar do Estado sobre os menores em conflito com a lei generalizando, numa mesma categoria, adolescentes infratores e aqueles que tão somente eram vítimas de abuso ou violência ou hipossuficiência econômica (MACHADO, 2003).

A coexistência e o conflito entre esses dois paradigmas são facilmente percebidos na reação social ante a ocorrência de quaisquer conflitos envolvendo adolescentes infratores: uns poucos demonstram alguma preocupação em analisar o contexto do ocorrido, enquanto a massa esmagadora da sociedade busca expurgar, a qualquer custo, esses indivíduos do convívio social (SARAIVA, 2006).

É nesse contexto que se tem observado **o crescimento de uma nova prática criminalizadora, semelhantemente ao ocorrido no período que antecedeu o ECA, a qual tem atingido particularmente os adolescentes em conflito com a lei, incitando sobremaneira o “clamor social” para a redução da maioridade penal** (MACHADO, 2003).

Recentemente, foi possível observar a contemporaneidade dessa discussão: quando da realização de audiência pública para tratar da revisão pela qual deve passar o Código Penal vigente, um dos temas que mais polemizaram as argumentações dos teóricos convidados foi justamente a viabilidade ou não da redução da menoridade penal, mediante alteração constitucional³³.

Outrossim, durante a elaboração deste trabalho, foi possível acompanhar como a mídia tem divulgado constantemente notícias acerca das discussões que se têm travado em torno da viabilidade ou não da redução da maioridade penal: a Comissão

³³ Noticiada amplamente pela mídia a referida audiência pública ocorreu em 14/08/2012: o tema não é consenso entre os juristas da comissão que elaborou o anteprojeto de lei que atualiza o Código Penal (Projeto de Lei do Senado – PLS 236/2012), pois não houve consenso a respeito de se tal alteração constitucional feriria ou não cláusula pétrea da Constituição. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/08/14/reducao-da-maioridade-penal-nao-e-consenso-entre-juristas>>. Acesso em: 20 out. 2012.

de Constituição e Justiça do Senado Federal agendou para o mês de junho de 2013 a realização de três audiências públicas, destinadas a discussão do tema. Segundo dados divulgados pela reportagem,³⁴ publicada pela Associação Mineira do Ministério Público – AMMP, a discussão proposta pelos senadores “vai tentar focar a maturidade e o desenvolvimento mental do adolescente; a eficácia da medida; e a constitucionalidade da modificação legislativa” (AMMP, 2013).

Na esteira das discussões mais recentes, também a Subprocuradora-Geral da República, Raquel Dodge, manifestou-se pela inconstitucionalidade da proposta que pretende promover a reforma constitucional da idade penalmente imputável. Na primeira audiência pública promovida pelo Senado, realizada em 03/06/2013, a Subprocuradora-Geral manifestou o entendimento de que o Ministério Público Federal (MPF) considera que a referida PEC fere o disposto no texto constitucional vigente, asseverando que a seu ver a solução não estaria na redução da maioria penal, mas no maior rigor do tratamento de menores infratores e também dos adultos que os aliciam³⁵.

Também se observa, nesse contexto, que a despeito dos 22 anos de Estatuto da Criança e do Adolescente, **os princípios norteadores da legislação ainda são pouco compreendidos pela população em geral**, sendo pertinentes as discussões para fazer a sociedade não apenas reconhecer, mas, sobretudo, assegurar à criança e ao adolescente os direitos que lhe são abstratamente garantidos na norma indistintamente. **E é justamente como reflexo desse conflito paradigmático, que se apresenta a discussão acerca da redução da maioria penal, utilizada como argumento para que se logre êxito na diminuição da criminalidade** (MACHADO, 2003).

Conquanto se busque justificar o argumento pro-redução da idade penal, **quanto mais se aprofunda a análise do sistema já em funcionamento para responsabilização de adolescentes infratores, mais claro fica que não é falta de sanção a grande causadora do problema, posto que já existente, como demonstrado, um sistema que pune, e com rigor, o adolescente que pratica ato infracional** (MORAES, 2008).

³⁴ Reportagem divulgada pela Associação Mineira do Ministério Público (AMMP) em 03/06/2013: “Maioridade Penal entra na Pauta do Senado”. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/pagina/2/noticia/9483>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

³⁵ Reportagem produzida pela Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria Geral da República em 06/06/2013. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/100547376/subprocuradora-geral-da-republica-debate-reducao-da-maioridade-penal-no-senado>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

Os fatores que impulsionam adolescentes para o crime são mais amplos e profundos, atacando as bases da estrutura social: a desestrutura na família, a falta de acesso ou o mau aproveitamento escolar, os índices crescentes de miséria e drogadição que tem impulsionado não apenas adolescentes e crianças, mas também adultos para a marginalidade. A criminalidade está muito mais ligada à desorganização e desestrutura social, à má distribuição de renda, à falta ou incoerência de políticas públicas (SARAIVA, 2006).

Igualmente, **é importante se discernir, com clareza, a diferença que se põe entre inimizabilidade penal e impunidade**: a primeira é causa de exclusão da imposição de sanção penalmente prevista na lei, mas não traduz, absolutamente, “irresponsabilidade pessoal ou social” (SARAIVA, 1998); a segunda é a completa ausência de qualquer tipo de imposição sancionatória (SARAIVA, 1998). Conforme se observou *a priori*, ao se analisar a estrutura de medidas socioeducativas previstas no ECA, verifica-se que **há forma diferenciada de responsabilização penal para adolescentes infratores e não impunidade**, ao que se conclui que:

“O clamor social em relação ao jovem infrator – menor de 18 anos – surge da equivocada sensação de que nada lhe acontece quando autor de infração penal. Seguramente a noção errônea de impunidade se tem revelado no maior obstáculo à plena efetivação do ECA, principalmente diante da crescente onda de violência, em níveis alarmantes” (SARAIVA, 1998, p. 158). (grifos nossos).

No discurso apresentado pelos que defendem a redução da idade penal, seja por engano na percepção do regramento especializado do ECA, seja por absoluto desconhecimento do mesmo, **confunde-se o fato de adolescentes infratores não responderem perante a lei penal pelos delitos que praticam com aparente impunidade**: na realidade o tratamento diferenciado que lhes é destinado prevê não apenas direitos, mas também responsabilidades, mediante a aplicação das medidas socioeducativas – com destaque para a privação de liberdade, inclusive com parâmetros mais abrangentes que os previstos na legislação penal ordinário, o Código de Processo Penal, como também já certificado (ROSSATO, 2010).

Com relação ao argumento de que cada vez mais os adultos praticantes de crimes se servem de adolescentes como instrumentos para a prática de infrações, tendo em vista sua suposta impunidade, verifica-se que tal argumento é, além de impróprio, severamente injusto, pois visa a punir o aliciado (adolescente) por causa de uma ação do aliciador (adulto criminoso) (KOERNER JÚNIOR, 1998). Muito mais eficaz

e justo seria aumentar a punição do que alicia e induz ao crime os menores inimputáveis, do que buscar sanção mais severa para aquele que, afinal, revela-se muito mais vítima do que agente nesse contexto – ao se reprimir o mandante se atacaria a fonte e não o efeito do problema, reduzindo-se, por conseguinte, a própria demanda criminosa (SARAIVA, 2006).

Ademais, seria um tanto injusto aumentar a punição dos adolescentes infratores, pela atividade de terceiros, sob o argumento de que os criminosos maiores de idade se aproveitariam da inimputabilidade dos adolescentes, para usá-los a seu serviço, nas atividades criminosas.

Nesse sentido, lança-se a pergunta retórica do jurista Heleno Claudio Fragoso (1991): “Como justificar que um indivíduo seja punido em função da conveniência da pena relativamente a terceiros?” (FRAGOSO, 1991 apud KOERNER JÚNIOR, 1998, p.111). Em contrapartida, há que se observar que o aumento da criminalidade liga-se, muito mais, a uma estrutura social desigual, que estende a uma parcela cada vez maior da população o rótulo de marginalização, seja pela simples ocupação de uma classe social menos favorecida, seja pelo estado de carência ou hipossuficiência, muitas vezes confundido com delinquência (SARAIVA, 2006).

Com o fim de **questionar a convivência desses paradigmas colidentes**, um juridicamente posto e focado na proteção da criança e do adolescente e o outro com raízes solidamente colocadas na anterior doutrina da situação irregular, **foi analisado o alcance que a responsabilização penal do adolescente atinge desde a apuração do ato infracional, até a cominação e execução da medida socioeducativa**, tendo sempre em foco os valores implícitos e explícitos na previsão normativa e na percepção dessa questão pela sociedade.

Nessa análise, buscou-se não seguir em direção aos extremos estereotipados do “adolescente infrator vítima” ou do “perfil marginal”, objetivando-se tão somente avaliar a previsão legal das medidas responsabilizadoras e as circunstâncias em que se inserem (VOLPI, 2001). E, a partir dessas inferências, foi possível constatar que **todo o instrumental para punição de adolescentes em conflito com a lei já existe, não sendo viável, portanto, o argumento da impunidade**.

O que se vê, portanto, é que **a menoridade não é uma condição de libertação do adolescente no que se refere à prática de atos infracionais, posto que a legislação especializada também prevê medidas de responsabilização, quando da**

prática de atos contrários à lei (KORNER JÚNIOR, 1998). E a imposição das medidas socioeducativas, pela abrangência com que são tratadas, resulta, muitas vezes, em sanção mais rigorosa para o adolescente infrator, em comparação ao sistema penal previsto para adultos (ROSSATO, 2010).

Corroborando com essa análise, ao se examinar comparativamente o regramento previsto pelo ECA com a legislação penal ordinária vigente (Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848/1940), facilmente desconstrói-se o argumento de impunidade do adolescente infrator: tomando-se, por exemplo, **a medida socioeducativa de privação de liberdade** (artigos 121 a 125 do ECA), verifica-se que esta **pode durar até três anos** – não há patamar mínimo estabelecido (BRASIL, 1990). Ora, **no âmbito penal, para que alguém permaneça preso por esse período, considerando a progressão de regimes e o benefício da sursis, deve o delito cometido ter gerado cominação penal de pelo menos 18 anos de reclusão, já que um sexto significaria os três anos reclusos!** O volume de delitos em que se pode chegar a tal pena é significativamente pequeno, tendo por base o conjunto de crimes previstos no Código Penal (SARAIVA, 2006). O exemplo demonstra que, a despeito de prever uma responsabilização penal diferenciada, o Estatuto traz medidas socioeducativas que podem ensejar um rigor legal muito maior, comparativamente, do que muitas das sanções penais previstas para os imputáveis.

Por outro lado, a **compreensão da diversidade conceitual entre impunidade e inimizabilidade penal** revelou-se imprescindível – **afastando os argumentos infundados de que os adolescentes infratores não são responsabilizados pelos atos infracionais que praticam**, ao tempo em que trouxe a consciência da importância de que se promova aplicabilidade cada vez maior das medidas socioeducativas (KOERNER JÚNIOR, 1998).

Nesse viés, viu-se que enquanto **o ECA previu as diretrizes básicas para apuração do ato infracional e imposição da medida socioeducativa**, a Lei nº 12.594/2012 tornou factível a forma com que as sanções impostas serão executadas, trazendo, consistentemente, **um regramento** não apenas protetivo e garantidor dos direitos do adolescente, mas **que prevê a devida responsabilização dos infratores, cominando diversas formas de imputação penal e tendo por esteio a aplicação das medidas socioeducativas.**

Confirma-se, portanto, por estes instrumentos, a devida imposição sancionadora, específica para adolescentes infratores, materializando-se a esperada resposta do Estado à violação da norma jurídica (RAMIDOFF, 2012).

CONCLUSÃO

A busca por uma compreensão teórico-jurídica acerca da estrutura de direitos e garantias inerentes a crianças e adolescentes, considerados enquanto seres humanos em desenvolvimento, é, como demonstrado, uma preocupação recente na história das sociedades civilmente organizadas.

A contextualização histórica demonstrou que foi a partir do desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana – como princípio norteador das ações em torno dos indivíduos – que surgiu a noção de afeto como elemento de ligação do núcleo familiar, desenvolvendo-se, por conseguinte, as primeiras ações protetivas em torno da família.

Considerando o ordenamento jurídico pátrio, ao analisar os diversos regramentos sobre os quais se erigiu o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil verifica-se que, como praticamente todo o ramo da Ciência Jurídica, também esse âmbito do direito se construiu ao mesmo ritmo com que a evolução da sociedade se revela.

No que tange à responsabilização penal de adolescentes infratores, é importante perceber que muito se tem confundido a forma diferenciada de responsabilização penal de adolescentes que cometem delitos com a suposta falta de sanção legal, isto é, confunde-se a impunibilidade assegurada constitucionalmente, com a repugnante impunidade, que não é o que ocorre nestes casos. Essa falta de conhecimento e informação, na maior parte das vezes, acaba por exacerbar o desejo de punição indiscriminada do adolescente infrator, já marginalizado.

Assim, na imposição da medida, é importante que o magistrado busque sopesar, também, as condições econômicas, culturais, intelectuais dos adolescentes em conflito com a lei, com o devido afastamento, para que a responsabilização penal seja objetiva e racional e não embasada, apenas, no histórico do infrator, que, se assim fosse, restaria duplamente punido: pelo cometimento de ato contrário à lei e por ocupar uma posição à margem da sociedade.

Observou-se, mediante a pesquisa realizada, que **o ECA trouxe para o direito da criança e do adolescente uma estrutura jurídica diferenciada, mas não menos responsabilizadora**. Buscando conservar o caráter protetivo, conformando-se com a Doutrina da Proteção Integral e tendo por princípio basilar o interesse superior da

criança e do adolescente, foram estabelecidos direitos peculiares e específicos, mas também foram determinadas formas de responsabilização penal dos adolescentes, para as situações em que houvesse a prática de condutas contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

Analisando o sistema punitivo estabelecido para responsabilização do adolescente infrator foi possível verificar a existência de uma legislação que já prevê sanções a serem aplicadas quando da prática de condutas tipificadas em lei, como crime ou contravenção. Viu-se que, a despeito do caráter diferenciado, tais sanções podem apresentar maior rigor do que o sistema aplicado aos adultos já que não há patamar mínimo de sanção legalmente estabelecido, não há aplicação das escusas absolutórias do artigo 181 do Código Penal, não há necessidade de atuação do ofendido já que todas as representações são de competência exclusiva do Ministério Público.

Por outro lado, vantagens são demonstradas pela adoção da responsabilização penal diferenciada: as medidas socioeducativas podem funcionar como ferramentas que visam promover uma efetiva sanção para o adolescente infrator, sem abandonar o caráter protetivo que norteia o ECA. Como apontado pelos adeptos do sistema, um dos objetivos do Estatuto, ao estabelecer essa forma diferenciada de responsabilização penal, é que a manutenção do caráter protetivo, em lugar de incentivar a reincidência, ou até mesmo a sensação de impunidade, venha possibilitar ao infrator a oportunidade de reinserção social, evitando deixá-lo à margem da sociedade, como, em regra, vem acontecendo com os que infringem a lei.

Para vislumbrar esse panorama, verificou-se que a discussão sobre a inimizabilidade de adolescentes infratores perpassa, necessariamente, por um olhar fundamentado pela estrutura jurídica do regime de responsabilização penal, constitucionalmente estabelecido para estes indivíduos em desenvolvimento, na medida em que, dessa observação, pode-se melhor inferir acerca da desnecessidade de redução da menoridade penal com vistas à diminuição da criminalidade.

A partir dessa trajetória de observação e descrição, utilizando a linguagem como instrumento de percepção daquilo que se tem por realidade, buscou-se compreender os porquês dessa situação peculiar em que se encontram os adolescentes infratores, reconhecendo-os como seres em processo de desenvolvimento, físico, mental,

emocional e intelectual, de modo a se construir os argumentos necessários a uma melhor compreensão, identificação e aceitação do tratamento particularizado que lhes é dado pela lei, no âmbito das medidas que lhes são aplicadas quando da prática de ato infracional.

Verificou-se que, a despeito da previsão juridicamente positivada, de um regramento específico para regulação das situações envolvendo adolescentes em conflito com a lei, tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ainda há uma resistência social muito grande no que se refere à aceitação do tratamento diferenciado dispensado para os adolescentes infratores.

Nesse passo, verificou-se que **a falta de conhecimento do sistema de sanção previsto, atrelado aos apelos midiáticos e sensacionalistas, contribui para que a grande massa pugne por uma redução da idade penalmente imputável, como se tal medida, que atinge apenas um dos efeitos mas não a causa do problema, fosse capaz, por si só, de reduzir os índices de criminalidade.**

Coexistem, nesse contexto, dois grandes paradigmas: o juridicamente estabelecido a partir do ECA e do regime constitucional posto, embasados na doutrina da proteção integral e no interesse superior da criança, que determina a responsabilização penal diferenciada para adolescentes quando da prática de ato infracional; e o modelo social, que reage contrariamente à regra imposta, resultando em tentativas criminalizadoras das condutas adolescentes delitivas, com destaque para as constantes e reiteradas discussões acerca da viabilidade da redução da maioridade penal, que permeiam o meio jurídico e alcançam a sociedade organizada.

Tanto é assim que, recentemente, ao serem discutidas as possíveis mudanças no atual Código Penal, uma das questões que gerou o maior número de discussões foi justamente a possibilidade de redução da idade imputável, não havendo ainda nenhum consenso entre teóricos e operadores do direito a esse respeito, como analisado. **A convivência conflitiva entre esses dois paradigmas, como foi observado, reflete-se sobremaneira nessa discussão, que praticamente acompanha a evolução do Direito da Criança e do Adolescente.**

Não obstante ao tema ainda ser passível de pacificação doutrinária e jurisprudencial, como visto, foi possível verificar que **a previsão de tratamento diferenciado para os delitos praticados por jovens e adolescentes infratores não**

significa que estes sujeitos estejam impunes perante os eventuais atos infracionais, mas, tão somente, que há uma forma diferenciada responsabilização, ante sua situação de pessoa em desenvolvimento – o que, por si só, já se revela idôneo para afastar o argumento da impunidade.

Ademais, ampliando o foco de observação para além dos limites jurídicos, constata-se que a experiência que se pode alcançar ao proporcionar a possibilidade de recuperação ao adolescente infrator, oferecendo-lhe sistema diferenciado quando em conflito com a lei, é importante ferramenta de reintegração social e ressocialização, evitando, muitas vezes, que o jovem enverede nas condutas criminosas se fosse enquadrado penalmente, juntamente com adultos.

Com relação ao argumento predominante entre os que se dizem a favor da redução da idade imputável, destacou-se o discurso da impunidade – que o adolescente infrator não sofre punição legal e, como consequência, demonstra-se mais ousado nas ações criminosas, seja pela certeza da não-sanção, seja sob a influencia perniciosa do adulto aliciador: **desconstruiu-se este discurso a partir do exame da legislação vigente, que comprovou haver sanção quando infringida a lei, por meio da imposição de medidas socioeducativas, embora sob a forma diferenciada de responsabilização penal, isto é a existência de um regime legal de punição para os menores que não justifica a redução da maioridade penal por si só.**

Nesse sentido, estabeleceu-se a problematização levantada nesta pesquisa, que tem apontado para a inviabilidade da redução da maioridade penal, como ferramenta para a diminuição da criminalidade.

Com relação às fases de cominação e execução das medidas socioeducativas, foi possível inferir que a implementação dos **critérios para avaliação, direcionada ao cumprimento das medidas socioeducativas cominadas** para adolescentes infratores, tendo em vista **adequar o programa ao processo de apuração de ato infracional individualizado para cada adolescente**, busca, quem sabe, **aproximar e reduzir as disparidades entre os paradigmas social e jurídico**, tendo em vista o afastamento de medidas criminalizadoras e das ações pró-redução da idade imputável.

Ainda no que tange à análise jurídico-normativa, foi possível notar que **qualquer proposta de emenda constitucional no sentido de alterar a idade de imputabilidade penal, retirando dos menores de dezoito anos tal prerrogativa, é**

desnecessária e se traduz num retrocesso em termos de política criminal – há que se combater a criminalidade juvenil na sua origem (desestruturação social) e não em seus efeitos.

Destarte, **demonstrada a existência de responsabilização para o adolescente infrator, revela-se absurdo o argumento da impunidade.** Bem assim, é certo que **reduzir a idade penal não fará, de forma automática, com que se reduzam os índices de infrações praticadas por adolescentes, muito menos reduzirá a criminalidade, como um todo.** **Demonstrada a existência de um regime legal de punição para os adolescentes infratores, não se sustenta a justificativa de redução da maioridade penal, por si só, para lograr êxito no combate à criminalidade.** Muito mais eficiente é que se busque investir numa melhor e maior aplicabilidade do ECA, utilizando-o em todo o seu potencial garantista e responsabilizador, a fim de que, ao final, se promova mais ressocialização e menos criminalização ineficaz .

Quanto ao aliciamento de menores, apresentado como um dos argumentos pró redução da maioridade penal, defende-se que **muito mais eficaz e justo é que se aumente a punição daquele que alicia e induz ao crime os menores inimputáveis, ao invés de se impor sanção mais severa para o adolescente aliciado.** Punir mais cedo não é solução, pois colocar o jovem, ainda em formação física e psíquica, mais cedo no sistema prisional apenas o fará ter contato direto com a poderosa estrutura do crime organizado.

Insta observar, por fim, por tudo quanto apresentado, **a inviabilidade cabal da redução da idade penalmente imputável: além de já haver previsão legal estabelecida para a punição do ato infracional cometido por adolescentes, não será recolhendo precocemente à prisão o jovem infrator, que se acalcará redução da criminalidade.**

Sem a pretensão de apontar uma única solução para a discussão iniciada, foi possível concluir, de tudo quanto foi analisado, que se já há sistema normativo estabelecido para responsabilização de adolescentes em conflito com a lei, não há subsídios sustentáveis para se afirmar que a diminuição da violência e da criminalidade será alcançada pela culpabilização antecipada. A responsabilização penal do adolescente infrator existe e prevê sanções tanto ou mais rigorosas do que as

aplicadas no direito penal comum, considerando-se a peculiar condição de desenvolvimento deste indivíduo.

É preciso sejam efetivadas ações nas áreas sociais, políticas, psíquicas e econômicas, nas quais se proliferam as ações delitivas. Do contrário, se estará atacando os efeitos e não as causas pungentes da violência, cuja forma mais acirrada de manifestação, mas não única, é a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (AMMP). *Maioridade Penal entra na Pauta do Senado*. Disponível em:

<<http://www.ammp.org.br/institucional/mostrarnoticias/pagina/2/noticia/9483>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre Felix. *O poder simbólico*. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013.

_____. *Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 mar.2013.

_____. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

_____. *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. *Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 31 mar. 2013.

_____. *Súmula nº 108 do Superior Tribunal de Justiça*. Medidas Socioeducativas. Competência. Prática de Ato Infracional. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0108.h>. Acesso em: 24 mar. 2013.

_____. *Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça*. Prescrição Penal. Medidas Socioeducativas. Brasília, 2005a. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumulastj/stj0338.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

_____. *Súmula 342 do Superior Tribunal de Justiça*. Procedimento para Aplicação de Medida Socioeducativa. Nulidade. Desistência de Provas em Face da Confissão do Adolescente. Brasília, 2005b. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimentointerno_e_sumula_stj/stj0342.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

_____. *Lei Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o sistema nacional de atendimento socioeducativo, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990, 7.560, de 19 de dezembro de 1986; 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os decretos-leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a consolidação das leis do trabalho, aprovada pelo decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2012b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em habeas corpus*. Estatuto da criança e do adolescente. Medida socioeducativa. Maioridade civil. Irrelevância. Regressão. Oitiva prévia. Necessidade. 1 - se o adolescente era menor de 18 (dezoito) anos à época do ato infracional, nada impede que permaneça cumprindo a medida socioeducativa após a maioridade civil, pois o art. 121, § 5º, do ECA, que estabelece a liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade, não foi revogado. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2 - A decretação de internação do adolescente que se encontrava em semiliberdade, por consistir em regressão da medida socioeducativa, requer sua prévia oitiva. Enunciado da Súmula nº 265/STJ. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido. RHC Nº 27.535 – RJ. Recorrente : C de S D (MENOR). Recorrido : Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Relatora : Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE). Brasília, 22 de outubro de 2012c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25234179&sReg=201000084294&sData=20121022&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. Estatuto da criança e do adolescente. Medida de internação. Implemento da maioridade civil. Irrelevância. Precedentes desta corte e do supremo tribunal federal. 1. Conforme pacífico entendimento deste superior tribunal de justiça, considera-se, para a aplicação das disposições previstas na lei n.º 8.069/90, a idade do adolescente à data do fato (art. 104, parágrafo único, do eca). Assim, se à época do fato o adolescente tinha menos de 18 (dezoito) anos, nada impede que permaneça no cumprimento de medida socioeducativa imposta, ainda que implementada sua maioridade civil. 2. O novo código civil não revogou o art. 121, § 5.º, do estatuto da criança e do adolescente, devendo permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a liberação compulsória. 3. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento. RHC Nº 31.763 – RJ. Sexta Turma. Recorrente: W Dos S de S (Menor). Recorrido : Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Brasília, 13 de junho de 2012d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22248302&sReg=201103057867&sData=20120613&sTipo=41&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. Processual Penal. Homicídio. Revogação da Prisão Preventiva. Superveniência do Reconhecimento da

Inimputabilidade do Réu, com Imposição de Medida de Segurança. Perda de Objeto. Impetração Prejudicada. 1. A impetração, que busca revogar a prisão preventiva, perdeu seu objeto com a absolvição do Paciente da prática do crime de homicídio simples, em face de sua inimputabilidade, com imposição de medida de segurança. 2. Habeas corpus prejudicado. HC Nº 188.592 – AC 2010/0197167-5. Quinta Turma. Impetrante: Valdir Perazzo Leite (Defensor Público). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Paciente: Werden Alves de Lima (Preso). Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília 15 de março de 2012e. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/HC_188592_AC_1337103257382.pdf>. Acesso em 01 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Criminal*. Furto Qualificado. Corrupção de Menores. Absolvição por Falta de Provas. Inimputabilidade do Adolescente demonstrada por documentos nos autos. I. O Enunciado da Súmula N.º 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do jovem. No caso, presente Boletim de Informações da DCA, bem como interrogatórios na Especializada e na VIJ. II. Recurso Improvido. APR Nº 840337020088070001 DF 0084033-70.2008.807.0001.1ª Turma Criminal. Apelante: Genilton Jacinto Tavares. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Sandra de Santis. Brasília, 10 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18712609/apr-apr-840337020088070001-df-0084033-7020088070001-tjdf>>. Acesso em 01 maio 2013.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da criança e do adolescente*: manual funcional. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de direito penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

CRUZ, Elaine Patricia. *Ministro da Justiça diz que redução da maioridade penal é inconstitucional*. Agência Brasil – Empresa Brasil de Comunicação, em 11 de abril de 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/100451127/ministro-da-justica-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6 v.

HOULT, Thomas Ford. *Dicionário de sociologia moderna*. [S.L.: s.n.], 1969.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em conflito com a lei*: prevenção e proteção integral. Campinas: Servanda, 2006.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria?. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 109-156.

KONZEN, Armando Afonso. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 747-842.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 4 v.

MERTON, Robert King, *Sociologia, teoria e estrutura: estrutura social e anomia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade penal do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo Cesar. *Da apuração de ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas*. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

MORELLI, Ailton José. A inimputabilidade e a impunidade em São Paulo. *Revista brasileira de história*, São Paulo, v.19, n. 37, p.125-156. Set. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. São Paulo: Pioneira, 1984.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMIDOFF, Mario Luiz. *SINASE Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÁ NETTO, Rodrigo de. *O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*(1821-1891). Disponível em: <http://www.arquivonacional.gov.br/media/2010/imprio_brasileiro.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 157-171.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade juvenil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Antônio Fernando Amaral e. *O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/mito_amaral_silva.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

SPOSATO, Karyna. O jovem: conflitos com a Lei. A Lei: Conflitos com a prática. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a. 8, n. 30, abr./jun. 2000.

VOLPI, Mário; SARAIVA, João Batista Costa. *Os adolescentes e a lei: o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização*. Brasília: ILANUD, 1998.

VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.